

KOLLEKTIV REGULERING AV ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å BEHANDLE PERSONOPPLYSNINGER

De rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger om sine ansatte

Kandidatnr: 130

Veileder: Tron Sundet

Leveringsfrist: 1. juni 2005

Til sammen 39 273 ord

Dato: 28. mai 2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA, PROBLEMSTILLING.....	1
1.2	DEFINISJONER, AVGRENSNINGER OG PRESISERINGER	1
1.3	PROBLEMSTILLINGENS PRAKTISKE BETYDNING	4
1.4	SÆRLIG OM BRUKEN AV PRAKTISKE EKSEMPLER	7
1.5	DEN VIDERE OPPBYGNINGEN AV OPPGAVEN	7
<u>2</u>	<u>METODE OG RETTSKILDER</u>	<u>7</u>
<u>3</u>	<u>PROBLEMSTILLINGENS RETTSLIGE PLASSERING OG</u>	
	<u>UTFORDRINGER KNYTTET TIL DENNE</u>	<u>9</u>
<u>4</u>	<u>DE AKTUELLE REGLENE I ARBEIDS- OG</u>	
	<u>PERSONOPPLYSNINGSRETEN.....</u>	<u>12</u>
4.1	INNLEDNING.....	12
4.2	ARBEIDSRETTSLIGE REGLER.....	12
4.2.1	GENERELT OM ARBEIDSRETT.....	12
4.2.2	REGLER OG PRINSIPPER OM KOLLEKTIVE AVTALER	13
4.2.3	PRINSIPPET OM ARBEIDSTAKERORGANISASJONENES FULLMAKT OG GRENSENE FOR DERES FULLMAKT.....	14
4.2.4	UTGANGSPUNKTET OM AVTALEFRIHET.....	16
4.2.5	PRINSIPPET OM ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT	17
4.3	PERSONOPPLYSNINGSRETTSLIGE REGLER.....	18
4.3.1	GENERELT OM PERSONOPPLYSNINGSRETT	18
4.3.2	PERSONVERNDIREKTIVET	18
4.3.3	PERSONOPPLYSNINGSLOVENS KRAV OM HJEMMEL FOR BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER	19
<u>5</u>	<u>SÆRLIGE METODISKE SPØRSMÅL SOM OPPSTÅR VED DRØFTELSEN</u>	
	<u>AV PROBLEMSTILLINGEN.....</u>	<u>22</u>

5.1	INNLEDNING.....	22
5.2	SAMORDNING MELLOM REGELSETTENE	23
5.3	ANVENDELSE AV EF-RETT.....	23
5.4	ANVENDELSE AV NORDISK RETT	23
5.5	ANVENDELSE AV ULIKE FORMER FOR PRAKSIS	24
5.5.1	DATATILSYNET OG PERSONVERNEMNDAS PRAKSIS	24
5.5.2	EF – DOMSTOLENS PRAKSIS.....	25
5.5.3	ART 29-GRUPPENS UTTALELSER.....	25
5.5.4	KOLLEKTIV AVTALEPRAKSIS.....	26
5.6	ANVENDELSE AV REELLE HENSYN SOM RETTSKILDE. SÆRLIG OM FORMÅL OG	
POL § 1	26	

6 FASTLEGGELSEN AV DE RETTSLIGE RAMMENE FOR KOLLEKTIVE BESTEMMELSER OM ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å BEHANDLE PERSONOPPLYSNINGER..... 28

6.1	INNLEDNING.....	28
6.2	OPPBYGNINGEN AV DRØFTELSEN	28
6.3	PROBLEMSTILLINGEN - ET HJEMMELSPØRSMÅL	28
6.4	SAMORDNING AV PERSONOPPLYSNINGSRETTENS HJEMMELSKRAV OG DE	
	ARBEIDSRETTLIGE UTGANGSPUNKTENE OG PRINSIPPENE.....	29
6.4.1	HJEMMELSKRAVET I FORHOLD TIL UTGANGSPUNKTET OM AVTALEFRIHET	29
6.4.2	HJEMMELSKRAVET I FORHOLD TIL PRINSIPPET OM ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT	31
6.5	AKTUELLE HJEMMELSGRUNNLAG	32
6.5.1	INNLEDNING.....	32
6.5.2	SAMTYKKE.....	33
6.5.3	LOVHJEMMEL	34
6.5.4	NØDVENDIGHET.....	35
6.5.5	POL § 9 (1) D).....	44
6.6	SAMTYKKETS STILLING I FORHOLD TIL DE ØVRIGE GRUNNLAGENE I POL §§ 8 OG	
	9 SOM HJEMMEL FOR KOLLEKTIVE BESTEMMELSER OM ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å	
	BEHANDLE PERSONOPPLYSNINGER	45
6.6.1	INNLEDNING.....	45
6.6.2	RETTLIG VURDERING	45
6.7	KOLLEKTIVT SAMTYKKE.....	55
6.7.1	GENERELT OM KOLLEKTIVT SAMTYKKE	55
6.7.2	EKSEMPLER PÅ KOLLEKTIVE SAMTYKKER	56

6.8	ADGANGEN TIL Å AVGI KOLLEKTIVT SAMTYKKE PÅ VEGNE AV ORGANISERTE ARBEIDSTAKERE	59
6.8.1	TIDLIGERE HJEMMEL OG POL § 2 NR 7	59
6.8.2	ADGANG TIL BRUK AV FULLMAKT.....	59
6.8.3	KRAV TIL UTFORMINGEN AV FULLMAKTER.....	66
6.8.4	SELVE DET KOLLEKTIVE SAMTYKKET	97
6.9	ADGANGEN TIL Å AVGI KOLLEKTIVT SAMTYKKE PÅ VEGNE AV ELLER MED VIRKNING FOR UORGANISERTE ARBEIDSTAKERE	105
6.10	POL § 9 (1) F).....	109
6.10.1	INNLEDNING.....	109
6.10.2	REKKEVIDDEN AV POL § 9 (1) F) SOM HJEMMEL FOR KOLLEKTIVE BESTEMMELSER OM ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å BEHANDLE PERSONOPPLYSNINGER.....	109
6.11	BETYDNINGEN AV POL § 9 (1) F) SOM DIREKTE HJEMMEL FOR BEHANDLING AV IKKE-SENSITIVE PERSONOPPLYSNINGER ELLER SOM BAKGRUNN FOR TOLKNINGEN AV GRUNNLAGENE I POL § 8	117
6.11.1	INNLEDNING.....	117
6.11.2	RETTLIG VURDERING	118
6.11.3	SÆRLIG OM FORHOLDET MELLOM POL § 9 (1) F) OG POL § 8 B).....	121
<u>7</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>124</u>
<u>8</u>	<u>KILDEREGISTER.....</u>	<u>127</u>
8.1	LITTERATUR	127
8.2	ARTIKLER	128
8.3	RETTSPRAKSIS.....	129
8.3.1	NORSK RETTSTIDENDE.....	129
8.3.2	EF-DOMSTOLEN	129
8.4	LOVER, FORSKRIFTER OG DIREKTIVER.....	129
8.4.1	NORSKE LOVER.....	129
8.4.2	NORSKE FORSKRIFTER	130
8.4.3	SVENSKE LOVER	130
8.4.4	DANSKE LOVER.....	130
8.5	DIREKTIVER	130
8.6	FORARBEIDER.....	131
8.7	ARBEIDSRETTLIGE AVTALER	131
8.8	ELEKTRONISKE DOKUMENTER	132

8.8.1	EF-INSTANSER	132
8.8.2	DATATILSYNET	132
8.8.3	PERSONVERNNEMNDA	133
8.9	DIVERSE	133

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling

Temaet for denne oppgaven er kollektiv regulering av arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Den nærmere problemstillingen jeg vil drøfte er hvilket rom det rettslig sett er for bestemmelser i kollektive avtaler som direkte eller indirekte omhandler arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger om sine ansatte. Sentralt i denne problemstillingen står spørsmålet om det er adgang til å avgi såkalt kollektivt samtykke til behandling av personopplysninger, det vil si om en arbeidstakerorganisasjon har adgang til å samtykke til behandling av personopplysninger på vegne av arbeidstakerne.

1.2 Definisjoner, avgrensninger og presiseringer

I denne oppgaven mener jeg med ”personopplysninger” opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson. Dette tilsvarer definisjonen i lov 2000-04-14 nr 31, personopplysningsloven (heretter forkortet pol), § 2 nr 1.

Videre forstår jeg med begrepet ”behandling” av personopplysninger enhver bruk av personopplysninger, som innsyn, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering av personopplysninger. Denne forståelsen er i samsvar med definisjonen av begrepet i pol § 2 nr 2.

I forhold til ”behandling” vil jeg avgrense mot behandling av personopplysninger som faller utenfor personopplysningslovens anvendelsesområde. Etter pol § 3 (1) a) og b) gjelder personopplysningsloven kun behandling som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler, samt annen behandling av personopplysninger dersom personopplysningene som behandles inngår eller skal inngå i et personregister. Personregister er i henhold til pol § 2 nr 3 registre, fortegnelser m.v. der personopplysninger blir lagret systematisk slik at det er mulig å finne igjen opplysninger om den enkelte. I arbeidsforhold kan dette typisk dreie seg om

personalmapper. Med det anvendelsesområdet som er angitt i pol § 3 (1) a) og b) faller rene faktiske handlinger som omfatter behandling av personopplysninger, utenfor personopplysningsloven. Dette gjelder forutsatt at personopplysningene som behandles, verken blir behandlet elektronisk eller registrert i et personregister. Et eksempel på behandling av personopplysninger som etter dette faller utenfor lovens anvendelsesområde, er et tilfelle der arbeidsgiver spør en arbeidstaker om han har brukt rusmidler. Når arbeidstakeren svarer på dette, behandler han en personopplysning. Dersom svaret ikke nedtegnes, kommer personopplysningsloven ikke til anvendelse

Temaet i denne oppgaven er knyttet til den regulering som skjer ved kollektive avtaler. Kollektive avtaler skiller seg fra de individuelle arbeidsavtalene, avtalene som den enkelte arbeidstaker og hans arbeidsgiver inngår ved ansettelse. De kollektive avtalene blir inngått med arbeidstakerorganisasjonene som part, i stedet for den enkelte arbeidstaker.

Med ”kollektive avtaler” sikter jeg i tillegg til ordinære kollektive avtaler, også til kollektivt samtykke. Dette på tross av at et kollektivt samtykke typisk ikke blir gitt ensidig og ikke blir nedfelt skriftlig i et avtaledokument. I stedet blir det gjerne avgitt muntlig eller referert på en annen måte, for eksempel ved at de tillitsvalgte sier ja til at arbeidsgiver skal kunne foreta visse former for kontroll som medfører behandling av personopplysninger eller ved at de tillitsvalgtes samtykke blir ført inn i en protokoll hvor man oppsummerer et møte mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte. Fordi arbeidstakerorganisasjonen/de tillitsvalgte opptrer på vegne av arbeidstakeren ved avgivelsen av et kollektivt samtykke, står kollektive samtykker sentralt i forhold til temaet og problemstillingen som er knyttet til kollektiv regulering.

I punkt 4.2.2 vil jeg behandle kollektive avtaler nærmere.

Videre vil jeg presisere at jeg i denne oppgaven vil drøfte de rettslige rammene for bestemmelser i kollektive avtaler som sier noe om i hvilket omfang og i hvilke tilfeller arbeidsgiver kan behandle personopplysninger. Regulering som ikke gjelder omfanget av arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger, men kun foreskriver

behandlingsmåte eller prinsipper for behandlingen, faller utenfor rammene av oppgaven.

De kollektive bestemmelsene som etter dette faller innenfor rammene av min oppgave er dels bestemmelser som eksplisitt slår fast at arbeidsgiver har adgang til å behandle personopplysninger. I tillegg faller bestemmelser som forutsetter at arbeidsgiver har adgang til å behandle personopplysninger innenfor rammene av denne oppgaven. Som et eksempel på en bestemmelse som kun indirekte fastsetter at arbeidsgiver har adgang til å behandle personopplysninger kan jeg nevne tilleggsavtale II i Hovedavtalen mellom NHO og LO.¹ Tilleggsavtalen gjelder likestilling i arbeidslivet og fastsetter at kvinner og menn skal stilles likt blant annet med hensyn til lønn. Det kan hevdes at det er en forutsetning for å kunne sikre at denne bestemmelsen blir overholdt, at tillitsvalgte får innsyn i lønnsopplysninger om henholdsvis kvinner og menn. Siden lønnsopplysninger faller inn under definisjonen av personopplysninger i pol § 2 nr 1, vil tilleggsavtale II i Hovedavtalen mellom NHO og LO indirekte fastsette behandling av personopplysninger.

Jeg vil presisere at problemstillingen i denne oppgaven er knyttet til den materielle kompetansen for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Det faller utenfor rammene av oppgaven å klarlegge hvilke rettsvirkninger det har at en kollektiv bestemmelse om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger er i strid med personopplysningsloven.

Videre vil jeg ikke foreta noen drøftelse av kompetanseforholdet mellom Arbeidsretten på den ene side og Datatilsynet og Personvernemnda på den annen side på det området som problemstillingen i denne oppgaven faller inn i.

Det faller videre utenfor rammene av denne oppgave å klarlegge hvilke prosessuelle regler som gjelder ved behandling av personopplysninger, som personopplysningslovens regler om konsesjons- og meldeplikt.

¹ Hovedavtalen mellom NHO og LO 2002-2005.

Reglene for kollektiv regulering av behandling av personopplysninger er i hovedsak de samme for offentlig og privat sektor. I den grad særskilte forhold gjør seg gjeldende i det offentlige, avgrenser jeg mot dette i denne oppgaven av plassmessige hensyn.

Endelig vil jeg avgrense mot strafferettslige bestemmelser som beskytter den enkeltes integritet. Videre vil jeg heller ikke behandle bestemmelser om ytringsfrihet, informasjonsfrihet og offentlighetsprinsipper.

Avslutningsvis vil jeg gjøre rede for begrepet ”personopplysningsvern” som jeg vil benytte i denne oppgaven. Med ”personopplysningsvern” mener jeg personvern i forbindelse med behandling av personopplysninger. Personvernbegrepet har tradisjonelt blitt definert som vernet av den enkeltes interesse i å kunne kontrollere behandling av opplysninger om seg selv.² I dag blir personvernbegrepet ofte benyttet i en videre forstand, som en mer generell betegnelse på vernet av den enkelte person og hans integritet. Jeg mener derfor det er hensiktsmessig å bruke et noe snevrere begrep for å betegne vern i forhold til behandling av personopplysninger spesifikt. Internasjonalt betegnes dette vernet som ”data protection”.³ Schartum og Bygrave har oversatt dette begrepet til ”personopplysningsvern”.⁴ Etter min mening virker begrepet klargjørende og jeg vil derfor benytte begrepet i denne oppgaven for å beskrive personvern i forbindelse med behandling av personopplysninger.

1.3 Problemstillingens praktiske betydning

Etter at jeg nå har gjort rede for temaet og problemstillingen, samt enkelte definisjoner, avgrensninger og presiseringer, vil jeg vise hvordan problemstillingen har praktisk betydning.

Norsk arbeidsliv er i omfattende grad regulert ved kollektive avtaler og bygger på at de tillitsvalgte i stor grad kan opptre på vegne av arbeidstakeren. På bakgrunn av dette og sett i sammenheng med at arbeidsgivere behandler en stor mengde personopplysninger

² Se for eksempel Blekeli, Ragnar Dag og Selmer, Knut S. (red.). Data og personvern. Oslo 1977.

³ Uttrykket benyttes for eksempel i Parlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF, personverndirektivet.

⁴ Begrepet er benyttet i Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee A. Personvern i informasjonssamfunnet. En innføring i vern av personopplysninger. Bergen 2004. Begrepet er også brukt av Berg, Jens Petter. Personopplysningsvern i et nytt årtusen – kritikk av personopplysningslovproposisjonen. I: Kritisk Juss, nr 4 1999 s 351-377.

om sine ansatte, er det nærliggende å anta at partene i arbeidslivet også regulerer arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger ved bestemmelser i kollektive avtaler.

I den grad kollektive bestemmelser som direkte eller indirekte omhandler arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger eksisterer, er problemstillingen i denne oppgaven av betydning. Kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger må ligge innenfor de rammene jeg vil forsøke å fastlegge.

Tidsrammene for denne oppgaven har ikke tillatt meg å foreta en omfattende kartlegging av hvilken kollektiv regulering av arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger, som finnes. Jeg har imidlertid foretatt visse undersøkelser, dels i forhold til sentrale kollektive avtaler og dels i forhold til lokale avtaler. I forbindelse med dette har jeg funnet noen eksempler på kollektive bestemmelser som direkte eller indirekte omhandler arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Jeg vil trekke frem et par av eksemplene her.

Det første eksempelet jeg vil trekke frem gjelder punkt 10.2 i Standardoverenskomsten mellom NHO og LO.⁵ Bestemmelsen gir eksplisitt arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger. Dette ved at den pålegger arbeidsgiver å utlevere lønnsopplysninger til de tillitsvalgte, dersom disse ber om det. Lønnsopplysninger er en type personopplysninger i henhold til pol § 2 nr 1 og utlevering er omfattet av behandlingsbegrepet i pol § 2 nr 2. På bakgrunn av dette er bestemmelsen omfattet av reglene i personopplysningsloven. LO og NHO har vært uenige om bestemmelsen faktisk er i samsvar med personopplysningsloven. Videre har det vært usikkerhet knyttet til konsekvensene av at bestemmelsen eventuelt ikke er i samsvar med personopplysningsloven. Tvil om gyldigheten av bestemmelsen aktualiserer problemstillingen i denne oppgaven. I forhold til dette vil jeg minne om at temaet i denne oppgaven gjelder den materielle kompetansen og ikke virkning av kompetansesvikt, jf punkt 1.2.

⁵ Standardoverenskomsten LO – NHO 2002-2004.

Det neste eksempelet jeg vil trekke frem er knyttet til bruk av individuelle målinger. Bruk av individuelle målinger vil typisk være aktuelt i forhold til ansatte på callsentre, der arbeidsgiver kan ha behov for å måle antall samtaler som de ansatte har. Videre kan det være aktuelt i forhold til lagermedarbeidere, for eksempel for å måle de ansattes plukkhastighet. Videre er individuelle målinger en forutsetning for ansatte med prestasjonslønn. Individuelle målinger er en form for kontroll som forutsetter at arbeidsgiver behandler personopplysninger, jf pol § 2 nr 2. Blant annet Hovedavtalen mellom Finansnæringens Arbeidsgiverforening (FA) og Finansforbundet forutsetter i § 7 nr 4 j) og § 34 nr 3 at arbeidsgiver skal ha rett til å foreta individuelle målinger av de ansatte og at den nærmere reguleringen av dette skal skje lokalt.⁶ I forhold til bruk av individuelle målinger har tilsvarende spørsmål oppstått som i forhold til bestemmelsene om utlevering av lønnsopplysninger til de tillitsvalgte.

Bestemmelsene i Hovedavtalen mellom FA og Finansforbundet om individuelle målinger forutsetter som nevnt at den nærmere reguleringen av arbeidsgivers adgang til å foreta individuelle målinger skal skje lokalt. Flere andre bestemmelser er lagt opp på samme måte. Jeg har forsøkt å undersøke bruken av bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger i lokale kollektive avtaler. Totalt har jeg vært i kontakt med 50 ulike bedrifter, tilfeldig valgt ut fra Dagens Næringslivs topp 100 liste.⁷ Tilbakemeldingene tyder på at bedriftene i stedet for å regulere arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger nærmere lokalt, til dels forsøker å falle tilbake på reguleringer som finnes i landsdekkende avtaler. Videre har jeg inntrykk av at i den grad det er fastsatt noe om arbeidsgivers behandling av personopplysninger i den enkelte bedrift, er dette ofte gjort muntlig, for eksempel i forbindelse med drøftelser mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte ved innføring av nye former for kontroll. Når bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger kun foreligger muntlig, er de naturlig nok vanskelig tilgjengelig for bruk i denne oppgaven. I den grad det finnes kollektive reguleringer av arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger lokalt, har de rettslige rammene som jeg vil forsøke å klarlegge i denne oppgaven, imidlertid også betydning i forhold til disse.

⁶ Hovedavtalen mellom Finansnæringens Arbeidsgiverforening (FA) og Finansforbundet 2002-2006.

⁷ Liste over de 100 største børsnoterte foretakene i Norge. Jeg brukte listen per 01.10.04.

1.4 Særlig om bruken av praktiske eksempler

Jeg vil presisere at jeg i denne oppgaven vil bruke praktiske eksempler for å illustrere det jeg drøfter. Min intensjon er å gi en generell fremstilling av de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger for å se hvorvidt denne typen reguleringer lar seg innordne under personopplysningsloven og hvilke grenser loven stiller for slike reguleringer. Jeg vil derfor ikke forsøke å komme med løsningsforslag i forhold til de konkrete eksemplene som jeg bruker, utover det som kan trekkes ut av mine generelle drøftelser.

1.5 Den videre oppbygningen av oppgaven

I det følgende vil jeg kort gjøre rede for metoden og rettskildene som jeg vil benytte i denne oppgaven, se kapittel 2. Deretter vil jeg ta opp problemstillingens rettslige plassering, se kapittel 3. Etter dette vil jeg ta for meg reglene som er aktuelle i forhold til drøftelsen av problemstillingen i kapittel 4. På bakgrunn av dette vil jeg se på enkelte særskilte metodiske spørsmål som oppstår ved drøftelsen av oppgavens problemstilling, se kapittel 5. Jeg vil deretter gå over til selve drøftelsen av problemstillingen, se kapittel 6. I punkt 6.2 vil jeg gjøre nærmere rede for oppbygningen av drøftelsen. Jeg avslutter oppgaven med å oppsummere mine funn i kapittel 7.

2 Metode og rettskilder

Jeg vil i denne oppgaven anvende tradisjonell norsk juridisk metode. Dette innebærer at jeg vil bruke rettskildefaktorene i samsvar med de alminnelige rettskildeprinsippene som gjelder i norsk rett. Med begrepet rettskildefaktorer mener jeg typer av relevante argumenter som brukes for å avgjøre et rettsspørsmål. Rettskildeprinsippene utgjør retningslinjer for bruken av rettskildefaktorene og angir hvilken relevans, vekt og retning rettskildefaktorene skal ha ved løsningen av et rettsspørsmål.

I dag er personopplysningsloven den viktigste personopplysningsrettslige rettskilden, og den erstattet lov 1978-06-09 nr 48, personregisterloven. Personopplysningsloven har sin bakgrunn i EUs direktiv 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med

behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (heretter kalt personverndirektivet), og direktivet ble tatt inn i EØS-avtalen 25.6.1999 ved beslutning i EØS-komiteens nr 83/1999 av 25.6.1999 om endring av EØS-avtalens protokoll 37 og vedlegg XI. Personopplysningsloven implementerer personverndirektivet. Dette innebærer at EF- og EØS-rett er relevant ved tolkningen av personopplysningsloven. EF- og EØS-retten skal tolkes ut fra en særegen EF-rettslig metode. Jeg vil derfor kort trekke frem enkelte særtrekk ved den EF-rettslige metoden. For enkelthets skyld vil jeg i det følgende betegne både EF- og EØS-rett som EF-rett.

EF- og EØS-domstolenes praksis gir uttrykk for den særlige metodelæren som gjelder innenfor EF-retten. Praksis viser at EF-retten, som norsk rett, skal fortolkes med utgangspunkt i ordlyden i den aktuelle kilden. Spesielt for EF- retten er imidlertid at det eksisterer en rekke ulike språkversjoner. Alle språkversjonene er likestilte ved fortolkningen av EF-retten.⁸ Videre skiller EF-metoden seg fra norsk metodelære ved at forarbeider spiller en langt mer begrenset rolle. Årsaken til at forarbeider har mindre betydning i EF-metoden er at de i liten grad finnes, og i den grad de finnes er de ofte ikke offentlig tilgjengelige. Et annet trekk ved den en EF-rettslige metoden, som skiller den fra tradisjonell norsk metode, er at EF-metoden er mer dynamisk og formålsrettet. Metoden vektlegger videre sammenhengsbetraktninger.⁹

Jeg gjør oppmerksom på at jeg i denne oppgaven har valgt å benytte den danske originaloversettelsen av personverndirektivet.

På grunn av problemstillingens rettslige plassering, jf kapittel 3, er rettskildene jeg vil benytte ved drøftelsen av problemstillingen hentet fra arbeidsretten og personopplysningsretten. De arbeidsrettslige rettskildene jeg vil benytte dreier seg om ulovfestede arbeidsrettslige prinsipper og regler. Blant rettskildene jeg vil benytte i personopplysningsretten står personopplysningsloven mest sentralt. Jeg vil i kapittel 4

⁸ Dette slo EF-domstolen blant annet fast i EF 283/81 CILFIT-saken

⁹ Se nærmere om EF-domstolens metodebruk i Sejersted, Fredrik ... [et al]. EØS-rett. Oslo 1995, s 176 flg.

gjøre nærmere rede for de aktuelle reglene som i henholdsvis arbeidsretten og personopplysningsretten.

3 Problemstillingens rettslige plassering og utfordringer knyttet til denne

Problemstillingen i denne oppgaven faller i krysningsfeltet mellom arbeidsrett og personopplysningsrett. I dette avsnittet vil jeg gjøre nærmere rede for dette, samt hvilke utfordringer plasseringen reiser ved drøftelsen av problemstillingen.

Arbeidsretten er spesiell ved at den gjelder generelt for arbeidsforhold, se nærmere om dette i punkt 4.2.1. Et arbeidsforhold er et kompleks av rettigheter og plikter for begge parter og en lang rekke ulike rettslige reguleringer gjelder for arbeidsforhold, ikke bare det som kan kalles rene arbeidsrettslige reguleringer. Arbeidsforhold berører alt fra skatterett til menneskerettigheter. Arbeidsretten som fagdisiplin tar opp i seg andre fagområder. Blant de rettsområdene som arbeidsretten tar opp i seg er personopplysningsretten. Høyesteretts praksis viser at personopplysningsretten tillegges vekt på arbeidsrettens område, og ofte vil stå sentralt i saker om det som kan kalles rene arbeidsrettslige spørsmål, så som gyldigheten av oppsigelse eller avskjed. Dette går frem av en rekke avgjørelser, senest HR 2005-00649-A som gjaldt rettmessigheten av en avskjedigelse av arbeidstakere som hadde lastet ned porno i arbeidstiden. Et av spørsmålene saken reiste var i hvilken utstrekning arbeidsgiver kunne kontrollere de ansattes nedlasting av filer. Høyesterett uttalte i saken i punkt 54:

”Det er ikke tvilsomt at det på dette området kan måtte gjøres vanskelige avveininger mellom arbeidsgivers legitime behov for kontroll og arbeidstakeres interesse i beskyttelse mot innhenting og bruk av opplysninger om personlige forhold. Personvernlovgivningen står her sentralt”.

Noe av det samme gjelder for personopplysningsretten, på den måten at personopplysningsloven regulerer behandling av personopplysninger på alle

livsområder, herunder arbeidsforhold. Dette skaper utfordringer knyttet til å tilpasse loven til de ulike områdene. Problemstillingen i denne oppgaven er reiser utfordringer i forhold til å tilpasse loven til arbeidsforhold.

Art 29-gruppen, se nærmere om gruppen i punkt 5.5.3, har pekt på samvirket mellom personopplysningsretten og arbeidsretten. Gruppen uttalte i sin Opinion 8/2001:

“The Working Party would like to point out that data protection law does not operate in isolation from labour law and practice, and labour law and practice does not operate in isolation from data protection law. This interaction is necessary and valuable and should assist the development of solutions that properly protect workers’ interests.”¹⁰

På bakgrunn av disse uttalelsene, samt arbeidsrettens og personopplysningsrettens karakter, må problemstillingen i denne oppgaven drøftes ved en samordning av reglene i arbeidsretten med reglene i personopplysningsretten.

Denne samordningen byr på problemer.¹¹ Dette går blant annet frem av Datatilsynets praksis. Datatilsynet har vurdert plikten til utlevering av lønnsopplysninger i Standardoverenskomsten punkt 10.2 i to omganger.¹² I sin første behandling av bestemmelsen kom Datatilsynet til at utlevering av lønnsopplysninger forutsetter samtykke fra den enkelte arbeidstaker. På bakgrunn av dette kom Datatilsynet til at utleveringsbestemmelsen ikke var i samsvar med personopplysningsloven. Etter blant annet protester fra LO og Likestillingsombudet, snudde Datatilsynet. Begrunnelsen for dette var at Datatilsynet nå så at utlevering av lønnsopplysninger kan være nødvendig for at de tillitsvalgte skal kunne sikre at arbeidsgiver overholder sine likestillingsforpliktelser, samt ufravikelighetsprinsippet, se nærmere om ufravikelighetsprinsippet i punkt 4.2.2. I sin andre behandling av

¹⁰ Art 29-gruppen Opinion 8/2001 (WP 48) “On the processing of personal data in the employment context”. [online] Tilgang:

http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf

¹¹ Tilsvarende samordningsproblematikk oppstår også mellom arbeidsretten og likestillingsloven, lov 1978-06-09 nr 45. Se Holgersen, Gudrun. Likestillingsloven og tariffavtaler. I: Festskrift til Per Ståvang 1998; Stat, politikk og folkestyre, Bergen 1998, s 531.

¹² Se Datatilsynets artikkel ”Lønnsopplysninger” [online]. Tilgang: www.datatilsynet.no/templates/article____913.aspx

utleveringsbestemmelsen godtok Datatilsynet derfor bestemmelsen på visse nærmere angitte vilkår. Her vil jeg ikke gå nærmere inn på vilkårene. Jeg nevner Datatilsynets endrede oppfatning fordi den illustrerer utfordringene og usikkerheten som gjør seg gjeldende ved anvendelsen av personopplysningsloven i arbeidsforhold.

Også min drøftelse av problemstillingen i denne oppgaven vil være preget av de utfordringer som samordningen av regelsettene byr på.

Samordningsproblemene har sammenheng med at arbeidsretten grunnleggende er basert på kollektive hensyn, mens personopplysningsretten i vid utstrekning bygger på hensynet til det enkelte individ. Videre henger utfordringene sammen med at utgangspunktene er ulike på de to rettsområdene: Spørsmålet i arbeidsretten er om det finnes skranker som er til hinder for behandling av personopplysninger, mens spørsmålet i personopplysningsretten er om det finnes frihet til behandling av personopplysninger. Dette kommer frem ved at det i arbeidsretten gjelder et utgangspunkt om avtalefrihet, i særlig grad tariffpartenes avtalefrihet, mens personopplysningsretten stiller opp et krav om hjemmel for behandling av personopplysninger. I tillegg skyldes problemene at personopplysningsloven inneholder en lang rekke vage og skjønnsmessige bestemmelser, og det er uklart hvilken betydning de arbeidsrettslige reglene og prinsippene, som for eksempel prinsippet om arbeidsgivers styringsrett, kan tillegges ved tolkningen av disse.

Det nærmere innholdet i hjemmelskravet, utgangspunktet om avtalefrihet, prinsippet om arbeidsgivers styringsrett, samt andre særtrekk ved henholdsvis arbeidsretten og personopplysningsretten vil jeg behandle nærmere i kapittel 4. Videre vil jeg komme tilbake til særtrekkene og problemene disse skaper ved samordning av regelsettene i selve drøftelsen av problemstillingen i kapittel 6, se særlig punkt 6.4.

4 De aktuelle reglene i arbeids- og personopplysningsretten

4.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg etter en kort innføring i henholdsvis arbeids- og personopplysningsretten, behandle de reglene og prinsippene fra de to rettsområdene som er av betydning for fastleggelsen av de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

4.2 Arbeidsrettslige regler

4.2.1 Generelt om arbeidsrett

Rettsreglene som gjelder for arbeidsforhold kalles med en fellesbetegnelse for arbeidsrett. Arbeidsretten deles tradisjonelt inn i en individuell og en kollektiv del. Inn under den individuelle delen av arbeidsretten faller blant annet reglene om ansettelsesforholdet mellom den enkelte arbeidstaker og arbeidsgiver. Den kollektive delen av arbeidsretten omfatter blant annet reglene om inngåelse og opphør av tariffavtaler, fredsplikt og tvisteløsning. Denne delen av arbeidsretten søker i vid utstrekning å ivareta kollektive hensyn. Hensynet til det enkelte individ er mer tilbaketrukket.

Problemstillingen i denne oppgaven er knyttet til kollektiv regulering og faller dermed inn under den kollektive arbeidsretten. Jeg vil derfor i det følgende fokusere på den kollektive delen av arbeidsretten. Videre sikter jeg på bakgrunn av dette til kollektiv arbeidsrett, når jeg i det følgende bruker begrepet ”arbeidsrett”.

Jeg vil nevne at prinsippene i den kollektive arbeidsretten i stor grad er de samme i de ulike nordiske landene. Dette er av betydning for hvilken vekt annen nordisk rett kan tillegges i drøftelsen av problemstillingen i denne oppgaven. Se nærmere om dette i punkt 5.4.

I de neste punktene vil jeg behandle de reglene og prinsippene som er av betydning for fastleggelsen av de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

4.2.2 Regler og prinsipper om kollektive avtaler

Som allerede nevnt i punkt 1.2, er norsk arbeidsrett preget av en omfattende kollektiv avtaleregulering. Jeg har kort behandlet kollektive avtaler i punkt 1.2.

En vesentlig gruppe kollektive avtaler er tariffavtalene. Lov 1927-05-05 nr 1, arbeidstvistloven, heretter kalt arbtvl (som dekker alle sektorer utenom statssektoren) definerer begrepet "tariffavtaler". Etter arbtvl § 1 nr 8 er en "tariffavtale" en "avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold". Kollektive avtaler omfatter mer enn det som etter definisjonen i arbtvl § 1 nr 8 er "tariffavtale". Det finnes ingen særskilt regulering for de øvrige kollektive avtalene. Det er imidlertid mulig å utlede visse karakteristika for kollektive avtaler generelt av reglene som gjelder særskilt for tariffavtaler.

Det følger av definisjonen i arbtvl § 1 nr 8 at arbeidstakerorganisasjonene er part i tariffavtalene. Etter definisjonen i arbtvl § 1 nr 3 regnes sammenslutninger av "arbeidere eller arbeideres foreninger" som fagforeninger "... når sammenslutningen har det formål å vareta arbeidernes interesser overfor arbeidsgivere". Både lokale og landsomfattende sammenslutninger er omfattet av definisjonene. Partskonstellasjonen med arbeidstakerorganisasjonene som part, skiller tariffavtalene fra de individuelle arbeidsavtalene. Som det går frem i punkt 1.2, er denne partskonstellasjonen et karakteristisk trekk også for andre kollektive avtaler.

Tariffavtaler inneholder videre etter definisjonen i arbtvl § 1 nr 8 bestemmelser om "arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold". Dette kan dreie seg om en lang rekke forhold, herunder forhold knyttet til arbeidsgivers behandling av personopplysninger. Selv om definisjonen er vid, kan det tenkes kollektive avtaler som har et innhold som gjør at de neppe kan sies å gjelde "arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold". Gjennomgående vil imidlertid kollektive avtaler innholde regler om arbeids- eller lønnsvilkår.

Etter arbtvl § 3 nr 1 må tariffavtaler være nedfelt skriftlig. Dette er ikke et generelt trekk ved kollektive avtaler. Kollektive samtykker vil for eksempel ofte kun foreligge muntlig, jf punkt 1.2.

Jeg nevner avslutningsvis en særlig regel som gjelder for at tariffavtaler. Arbtvl § 3 nr 3 slår fast at det i forhold til tariffavtaler gjelder et ufravikelighetsprinsipp.

Ufravikelighetsprinsippet innebærer at det ikke er adgang til å fravike en tariffavtale i de individuelle arbeidsavtalene som blir inngått innenfor tariffavtalens virkeområde. I praksis innfortolkes en plikt for arbeidsgiveren til å holde seg innenfor tariffavtalen også i avtaler med uorganiserte arbeidstakere. Uorganiserte arbeidstakere har imidlertid selv ingen rettigheter i kraft av tariffavtalen. Derfor kan uorganiserte arbeidstakere ikke kreve at tariffavtalen skal legges til grunn, med mindre dette følger av deres individuelle arbeidsavtaler.¹³

4.2.3 Prinsippet om arbeidstakerorganisasjonenes fullmakt og grensene for deres fullmakt

Det er en forutsetning for at arbeidstakerorganisasjonene skal kunne inngå avtaler med arbeidsgiversiden at de har fullmakt til å opptre på vegne av sine medlemmer.¹⁴ En arbeidstakerorganisasjon får fullmakt til å opptre på vegne av en arbeidstaker når arbeidstakeren melder seg inn i organisasjonen. Arbeidstakeren kan gi fullmakten eksplisitt, men typisk vil fullmakten kun være underforstått og bli gitt i kraft av arbeidstakerens innmelding i organisasjonen.

Der det foreligger en eksplisitt fullmakt, vil det bero på en tolkning av den foreliggende fullmakten hvor vide grensene for fullmakten er. Det er vanskeligere å klarlegge grensene for fullmaktens rekkevidde der det kun foreligger en underforstått fullmakt. Utgangspunktet er imidlertid at arbeidstakerorganisasjonene har en omfattende fullmakt til å opptre på vegne av sine medlemmer. Dette gjelder forutsatt at det dreier seg om spørsmål som har sammenheng med arbeidsforholdet.

¹³ Se Storeng, Nils, Beck, Tom H. og Due Lund, Arve. Arbeidslivets spilleregler. Samspillet mellom partene i arbeidsforholdet. Oslo 2003, s 205 flg.

¹⁴ Se Fougner, Jan ... [et al]. Kollektiv arbeidsrett. Oslo 2004, s 124 flg.

På bakgrunn av at arbeidstakerorganisasjonene har en vid fullmakt, kan de som hovedregel binde det enkelte medlem til noe medlemmet selv ikke ønsker. Dette gjelder også i forhold til spørsmål som berører personopplysningsvernet.¹⁵

Fullmakten har imidlertid grenser. Dette kom blant annet frem i Hjemforsikringssaken, Rt 1967 s 1373. Saken gjaldt gyldigheten av et fagforeningsvedtak om kollektiv hjemforsikring og reiste spørsmålet om flertallets adgang til å binde et mindretall i organisasjonen. Høyesterett kom under dissens til at fagforeningens vedtekter ikke var til hinder for ordningen med kollektiv hjemforsikring. Etter flertallets mening kunne imidlertid hjemforsikringsordningen ikke gjennomføres uten reservasjonsrett for medlemmene som ikke ønsket å delta i forsikringsordningen. Den voterende dommeren for flertallet uttalte:

”Jeg er etter dette kommet til at forbundets flertallsvedtak ligger utenfor forbundets primære formål som fagforening og betegner et vesentlig inngrep i det enkelte medlems rettsstilling som ikke kan gjennomføres i forhold til ankemotpartene mot deres vilje. I den konflikt som her foreligger mellom den solidaritetstanke som har vært den bærende innenfor fagbevegelsen, og hensynet til den enkelte, må etter mitt syn den enkeltes rett i dette tilfelle gå foran”.¹⁶

Flertallet begrunnet her reservasjonsretten med at det dreide seg om ”et vesentlig inngrep i det enkelte medlems rettsstilling”. Høyesterett la også vekt på at hjemforsikringsordningen falt ”utenfor forbundets primære formål”. En avtale som innebærer at arbeidsgiver får adgang til å behandle personopplysninger kan sees som ”et vesentlig inngrep i det enkelte medlems rettsstilling”. Dette kan tilsi at det ofte vil falle utenfor arbeidstakerorganisasjonenes fullmakt å gi arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger. Bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger, for eksempel ved individuelle målinger, vil på den annen side sjelden falle ”utenfor forbundets primære formål”. På bakgrunn av at Høyesterett fremhevet begge disse momentene, er det ikke holdepunkter for å mene at det generelt

¹⁵ Ibid s 128 flg for en nærmere gjennomgang av fullmaktens grenser.

¹⁶ På s 1378.

sett gjelder store begrensninger i fullmaktens rekkevidde i forhold til spørsmål om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Etter dette må utgangspunktet om at arbeidstakerorganisasjonene har en vid fullmakt til å opptre på vegne av sine medlemmer gjelde også i forhold til spørsmål om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

4.2.4 Utgangspunktet om avtalefrihet

Den omfattende kollektive avtalereguleringen har sammenheng med at det gjelder et utgangspunkt om avtalefrihet i arbeidsretten, som nevnt i kapittel 3. Utgangspunktet om avtalefrihet står sterkere i den kollektive arbeidsretten enn i den individuelle delen av arbeidsretten, som er preget av preseptoriske verne- og rettighetsbestemmelser.

Bakgrunnen for dette er at lovgiver har ment at enkeltvis arbeidstakere har et mye sterkere behov for beskyttelse fra lovgivers side enn arbeidstakerorganisasjonene, som typisk er mer jevnbyrdige med motparten.

På bakgrunn av utgangspunktet om avtalefrihet kan partene i det kollektive arbeidslivet som et utgangspunkt fritt velge hva de ønsker å inngå avtale om. Utgangspunktet tilsier at partene også står fritt til å inngå avtaler om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Det gjelder visse unntak fra utgangspunktet om avtalefrihet. For eksempel følger det av lov 1977-02-04 nr 4, arbeidsmiljøloven (aml), § 54 J nr 3 at avtalefriheten er begrenset slik at bestemmelser i tariffavtaler ikke kan være i strid med arbeidsmiljølovens likebehandlingsregler:

”Bestemmelser i tariffavtaler, arbeidsavtaler, reglementer, vedtekter mv., som er i strid med bestemmelsene i dette kapittel, er ugyldige.”

I denne oppgaven vil jeg forsøke å kartlegge hvilke begrensninger i avtalefriheten som følger av personopplysningsloven. Personopplysningsloven inneholder ingen bestemmelser tilsvarende aml § 54 J nr 3.

Jeg minner om at det faller utenfor rammene av denne oppgaven å klarlegge rettsvirkningene av at kollektive bestemmelser er i strid med personopplysningsloven, jf punkt 1.2.

4.2.5 Prinsippet om arbeidsgivers styringsrett

Det er videre et grunnleggende prinsipp i arbeidsretten at arbeidsgiver har styringsrett over sine ansatte. Styringsretten er anerkjent også i den kollektive arbeidsretten.¹⁷

En vanlig beskrivelse av styringsretten er Kristen Andersens formulering om styringsretten som arbeidsgiverens rett "... til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere".¹⁸ Verken denne eller andre forslag til definisjoner av styringsretten gir uttrykk for hvilken eksakt materiell kompetanse som styringsretten gir arbeidsgiveren. Dette har sammenheng med at det er umulig å forutse nøyaktig i hvilke situasjoner det vil være behov for at arbeidsgiveren styrer sine ansatte. Videre skyldes det at styringsretten omfatter alle de beføyelser som ikke er positivt unntatt ved lov, tariffavtaler, individuelle arbeidsavtaler eller generelle prinsipper utformet i rettspraksis. På bakgrunn av det sistnevnte trekket ved styringsretten har styringsretten vært betegnet som er "restkompetanse".¹⁹

Selv om det nøyaktige innholdet i styringsretten er uklart, er det på det rene at styringsretten gir arbeidsgiver en viss rett til å behandle personopplysninger om sine ansatte. En viss håndtering av personopplysninger fremstår som en forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne utøve styringsretten.

På bakgrunn av prinsippet om styringsretten kan det fra en arbeidsrettslig synsvinkel hevdes at det i alle fall bør være rom for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger så langt styringsretten gir ham adgang til

¹⁷ Se tilsvarende Evju, Stein. Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv. I: Arbeidsrett og arbeidsliv, hefte 1 2003, s 18.

¹⁸ Se Andersen, Kristen: Fra arbeidslivets rett. Oslo 1967, s 162.

¹⁹ Høyesterett har bekreftet at det er riktig å betrakte styringsretten som en restkompetanse, se bla Rt 2000 s 1606 (Nøkk-dommen). I følge Høyesteretts uttalelser i dommen på s 1609 har arbeidsgiveren i henhold til styringsretten rett til å organisere, styre og lede arbeidet. Høyesterett understreket at "dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått". I Rt 2001 s 418 (Kårstø-dommen) gjentok Høyesterett standpunktet og betegnet styringsretten eksplisitt som en "restkompetanse", se s 427.

dette. I drøftelsen i kapittel 6 vil jeg komme tilbake til holdbarheten i dette, se særlig punkt 6.4.2.

4.3 Personopplysningsrettslige regler

4.3.1 Generelt om personopplysningsrett

Personopplysningsretten omfatter reglene knyttet til behandling av personopplysninger. I personopplysningsretten står hensynet til det enkelte individ og dets selvbestemmelsesrett i fokus. Dette går frem ved at det i personopplysningsretten gjelder et utgangspunkt om at den enkelte person har rett til å bestemme over opplysninger som omhandler ham selv.²⁰

Jeg vil påpeke at alle de nordiske landene har implementert personverndirektivet, i tillegg til at landene i stor utstrekning har samme rettslige tradisjoner. Dette er av betydning for hvilken vekt nordisk rett kan tillegges ved drøftelsen av problemstillingen i denne oppgaven. Se nærmere om det i punkt 5.4.

I det følgende vil jeg behandle reglene i personopplysningsretten som er av betydning for fastleggelsen av de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Før jeg går inn på de aktuelle reglene vil jeg kort gjøre rede for den EF-rettslige bakgrunnen for personopplysningsloven, personverndirektivet.

4.3.2 Personverndirektivet

Personverndirektivet ble vedtatt på bakgrunn av et ønske om å harmonisere lovgivningen om personopplysningsvern i EU-landene. Før direktivet ble vedtatt hadde landene forskjellig grad av personopplysningsvern. Landene med de laveste kravene til personopplysningsvern tiltrakk seg bedrifter i større grad enn landene med høyere beskyttelsesnivå. Ulik grad av personopplysningsvern landene i mellom ble derfor ansett for å være en trussel for et velfungerende indre marked. Direktivet formål var å harmonisere de nasjonale lovgivningene. Utover dette skulle direktivet sørge for at alle

²⁰ Schartum, Dag Wiese. Lov om behandling av personopplysninger. I: Lov & Rett nr 9 2000 s 543, s 545/546.

medlemslandene fikk et ufravikelig minstenivå av personopplysningsvern. Dette ble ansett for å ha verdi i seg selv.²¹

Bakgrunnen for direktivet er gjenspeilet i direktivet art 1. Direktivet art 1 fastsetter:

- ”1. Medlemsstatene skal i samsvar med dette direktiv sikre vern av fysiske personers grunnleggende rettigheter og friheter, særlig retten til privatlivets fred, ved behandling av personopplysninger.
2. Medlemsstatene skal ikke innskrenke eller forby fri utveksling av personopplysninger mellom medlemsstater med begrunnelse i det vern som er fastsatt i nr.1.”

Personverndirektivet er et rammedirektiv. I dette ligger at andre, og mer spesielle, direktiv gjelder innenfor samme område som personverndirektivet. Jeg går ikke nærmere inn på dette her, da ingen av de gjeldende særdirektivene er av betydning for drøftelsen av problemstillingen i denne oppgaven.

Et nytt personverndirektiv er under forberedelse. Foreløpig foreligger imidlertid ikke noe offisielt forslag fra Kommisjonen. Planen er at det nye direktivet på en klar og tydelig måte skal regulere arbeidsgiver og arbeidstakerstakers særlige rettigheter med hensyn til personopplysningsvern.²² Siden det ikke foreligger noe offisielt forslag, er det i liten grad mulig å trekke dette inn i drøftelsen her.

4.3.3 Personopplysningslovens krav om hjemmel for behandling av personopplysninger

4.3.3.1 Generelt om hjemmelskravet

Det følger av pol §§ 8 og 9 at behandling av personopplysninger er forbudt, med mindre det foreligger et rettslig grunnlag for behandling. Kravet om rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger er stilt opp for å ivareta personopplysningsvernet.

²¹ Se nærmere om direktivets formål i Schartum og Bygrave, s 80/81.

²² For mer informasjon om arbeidet med nytt direktiv, se ”Second stage consultation with the Community social partners on the protection of personal data in the employment context” [online]. Tilgang: http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/oct/data_prot_en.html

4.3.3.2 Ulike hjemmelskrav for sensitive og ikke-sensitive personopplysninger

Etter loven må enhver behandling av personopplysninger (i lovens forstand) ha hjemmel i loven. I forhold til rettslige grunnlag for behandling skiller personopplysningsloven ut en særskilt gruppe av personopplysninger som ”sensitive”. Dette er personopplysninger som etter lovgivers oppfatning fordrer et særlig sterkt personopplysningsvern. Pol § 2 nr 8, som implementerer direktivet art 8, inneholder en uttømmende oppregning av hvilke opplysninger som skal anses som sensitive personopplysninger. De sensitive personopplysningene omfatter etter pol § 2 nr 8 opplysninger om rasemessig eller etnisk bakgrunn, eller politisk, filosofisk eller religiøs oppfatning (litra a)), opplysninger om at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling (litra b)), opplysninger om helseforhold (litra c)), opplysninger om seksuelle forhold (litra d)) og opplysninger om medlemskap i fagforeninger (litra e)).

De rettslige grunnlagene for behandling av sensitive personopplysninger er angitt i pol § 9. Pol § 8 angir hvilke krav som må være oppfylt, dersom behandlingen gjelder ikke-sensitive personopplysninger.

4.3.3.3 De ulike hjemmelsgrunnlagene

Pol § 8 fastsetter at ikke-sensitive personopplysninger kan behandles i følgende tilfeller:

”Personopplysninger (jf. § 2 nr. 1) kan bare behandles dersom den registrerte har samtykket, eller det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling, eller behandlingen er nødvendig for

- a) å oppfylle en avtale med den registrerte, eller for å utføre gjøremål etter den registrertes ønske før en slik avtale inngås,
- b) at den behandlingsansvarlige skal kunne oppfylle en rettslig forpliktelse,
- c) å vareta den registrertes vitale interesser,
- d) å utføre en oppgave av allmenn interesse,
- e) å utøve offentlig myndighet, eller

f) at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen.”

Etter pol § 9 foreligger hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger i disse tilfellene:

”Sensitive personopplysninger (jf. § 2 nr. 8) kan bare behandles dersom behandlingen oppfyller et av vilkårene i § 8 og

- a) den registrerte samtykker i behandlingen,
- b) det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling,
- c) behandlingen er nødvendig for å beskytte en persons vitale interesser, og den registrerte ikke er i stand til å samtykke,
- d) det utelukkende behandles opplysninger som den registrerte selv frivillig har gjort alminnelig kjent,
- e) behandlingen er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav,
- f) behandlingen er nødvendig for at den behandlingsansvarlige kan gjennomføre sine arbeidsrettslige plikter eller rettigheter,
- g) behandlingen er nødvendig for forebyggende sykdomsbehandling, medisinsk diagnose, sykepleie eller pasientbehandling eller for forvaltning av helsetjenester, og opplysningene behandles av helsepersonell med taushetsplikt, eller
- h) behandlingen er nødvendig for historiske, statistiske eller vitenskapelige formål, og samfunnets interesse i at behandlingen finner sted klart overstiger ulempene den kan medføre for den enkelte.

Ideelle sammenslutninger og stiftelser kan behandle sensitive personopplysninger innenfor rammen av sin virksomhet selv om behandlingen ikke oppfyller et av vilkårene i første ledd bokstav a - h. Behandlingen kan bare omfatte opplysninger om medlemmer eller personer som på grunn av sammenslutningens eller stiftelsens formål frivillig er i regelmessig kontakt med den, og bare opplysninger som innsamles gjennom denne kontakten. Personopplysningene kan ikke utleveres uten at den registrerte samtykker.

Datatilsynet kan bestemme at sensitive personopplysninger kan behandles også i andre tilfeller dersom viktige samfunnsinteresser tilsier det og det settes i verk tiltak for å sikre den registrertes interesser.”

Grunnlagene i pol §§ 8 og 9 dels like. På andre punkter skiller grunnlagene for behandling av sensitive personopplysninger seg fra grunnlagene for behandling av ikke-sensitive personopplysninger. I den grad grunnlagene i pol §§ 8 og 9 er ulike, følger det av lovens system at grunnlagene i § 8 ikke er tilstrekkelig til å hjemle behandling av sensitive personopplysninger. Mer uklart er spørsmålet om grunnlagene i § 9 kan hjemle behandling av alminnelige personopplysninger. I punkt 6.11 vil jeg drøfte dette spørsmålet særskilt i forhold til grunnlaget i pol § 9 (1) f).

Felles for grunnlagene i pol §§ 8 og 9 er at den behandlingsansvarliges vurdering av om vilkårene for behandling i det enkelte tilfelle er oppfylt, kan overprøves av Datatilsynet, jf pol § 46. Med behandlingsansvarlige menes, i tråd med definisjonen i pol § 2 nr 4, de som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysningene, samt hvilke hjelpemidler som skal brukes ved behandlingen. Dersom Datatilsynet er uenig med den behandlingsansvarlige i at vilkårene for behandling er oppfylt, kan tilsynet gi pålegg om at behandlingen skal opphøre og veilede om hva som skal til for at vilkåret blir oppfylt.

Jeg vil behandle de ulike grunnlagene nærmere i punkt 6.5.

5 Særlige metodiske spørsmål som oppstår ved drøftelsen av problemstillingen

5.1 Innledning

Som jeg har nevnt i kapittel 2, vil jeg benytte alminnelig juridisk metode ved drøftelsen av problemstillingen i denne oppgaven. Jeg ser ingen grunn til å behandle den generelle metodelæren nærmere. Derimot vil jeg i det følgende ta opp enkelte særskilte metodiske spørsmål som oppstår på bakgrunn av rettskilde- og regelsituasjonen som jeg har gjort rede for i de foregående kapitlene.

5.2 Samordning mellom regelsettene

På bakgrunn av problemstillingens rettslige plassering, jf kapittel 3, er et grunnleggende metodisk spørsmål ved drøftelsen av problemstillingen hvordan reglene i arbeidsretten skal samkjøres med reglene i personopplysningsretten. Dette spørsmålet utgjør en så sentral del av drøftelsen av problemstillingen knyttet til de rettslige rammene for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger, at jeg velger å ta spørsmålet opp i oppgavens hoveddel, se punkt 6.4. I tillegg vil hele den videre drøftelsen i kapittel 6 illustrere samordningen.

5.3 Anvendelse av EF-rett

På bakgrunn av at personopplysningsloven implementerer EUs personverndirektiv, jf kapittel 2, oppstår spørsmålet om hvilken betydning direktivet har ved tolkningen av personopplysningsloven. Det er alminnelig antatt at når en lov implementerer et direktiv, er direktivet en relevant faktor å tekke inn ved tolkningen av bestemmelsene i loven.²³ I den grad direktivet og tolkningen av direktivet gir veiledning for tolkningen av personopplysningsloven, kan direktivet og tolkningen av dette derfor tillegges vekt.

Jeg vil minne om at direktivet skal tolkes i samsvar med EF-metoden, slik jeg også har gjort rede for i kapittel 2. Når personverndirektivet blir anvendt som faktor ved tolkningen av personopplysningsloven, kan derfor den EF-rettslige metoden indirekte influere tolkningen av bestemmelsene i personopplysningsloven.

5.4 Anvendelse av nordisk rett

De rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger er lite behandlet i norsk rett. På bakgrunn av dette kan det være av interesse å trekke annen nordisk rett inn ved drøftelsen av problemstillingen i denne oppgaven, dersom annen nordisk rett i større grad enn norsk rett har drøftet de spørsmål som problemstillingen reiser.

²³ Sejersted ... [et al]. 1995, s 190.

Når det gjelder spørsmål med arbeidsrettslig forankring, må den løsning som er valgt i annen nordisk rett kunne sees som et argument til støtte for en løsning av spørsmålet i norsk rett, forutsatt at dette skjer innenfor rammene av et rettskildemessig forsvarlig grunnlag i norsk rett. Muligheten til å trekke inn annen nordisk rett er til stede fordi den kollektive arbeidsretten i utstrakt grad er sammenfallende i de ulike nordiske landene, jf punkt 4.2.1. Tilsvarende gjelder for spørsmål i tilknytning til personopplysningsretten, jf punkt 4.3.1. Løsningen på personopplysningsrettslige spørsmål fra andre nordiske land kan vektlegges, forutsatt at det ikke dreier seg om reguleringer der direktivet gir statene skjønnsfrihet og de øvrige nordiske landene har benyttet seg av denne friheten og har valgt andre løsninger enn den norske lovgiveren.

5.5 Anvendelse av ulike former for praksis

5.5.1 Datatilsynet og Personvernemndas praksis

Datatilsynet er kompetent myndighet på personopplysningslovens område og skal sikre at hensynet til personopplysningsvernet blir ivaretatt. Dette går frem blant annet av pol § 42 (3) nr 3 – 5. Nr 3 fastsetter at Datatilsynet skal ”kontrollere at lover og forskrifter som gjelder for behandling av personopplysninger blir fulgt, og at feil eller mangler blir rettet”. Tilsynets avgjørelser kan klages inn til Personvernemnda, jf pol §§ 42 (4) og 43 (1).

Både Datatilsynet og Personvernemnda er uavhengige forvaltningsorganer, jf pol §§ 42 (1) og 43 (1). Rettspraksis viser at forvaltningspraksis har en viss vekt.²⁴ Dette tilsier at også Datatilsynet og Personvernemndas avgjørelser og uttalelser kan tillegges en viss vekt. Datatilsynets praksis er imidlertid preget av at deres mandat er fokusert på å ivareta hensynet til personopplysningsvernet, jf pol § 42 (3). Den andre behandlingen av bestemmelsen om utlevering av lønnsopplysninger i Standardoverenskomsten punkt 10.2 viser at Datatilsynet ikke utelukkende legger vekt på hensynet til personopplysningsvernet, jf punkt 3. Gjennomgående har imidlertid Datatilsynet et noe ensidige fokus og dette svekker den vekt som deres praksis på generelt grunnlag kan

²⁴ For en generell redegjørelse av domstolenes holdninger til forvaltningspraksis, se Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. Rettskildelære. 5. utgave. Oslo 2001, s 233.

tillegges. Datatilsynets til dels ensidige fokus har rettskildemessig betydning fordi en rettslig avklaring i større grad vil følge av avgjørelser som tar opp de kryssende hensyn. Personvernemndas avgjørelser er mer avbalanserte. Saksbehandlingen for Personvernemnda er imidlertid skriftlig og mindre omfattende enn en domstolsbehandling. Dette vil typisk føre til at et spørsmål i mindre grad blir opplyst ved Personvernemndas behandling enn ved en domstolsbehandling. På bakgrunn av dette er også den vekt som Personvernemndas praksis kan tillegges begrenset.

5.5.2 EF – domstolens praksis

På bakgrunn av personverndirektivet vil jeg trekke særskilt frem EF- og EFTA-domstolene. Deres avgjørelser og uttalelser gir uttrykk for den korrekte tolkningen av EF-retten og har derfor stor rettskildemessig vekt ved fastleggelsen av innholdet i EF-rettsaktene.²⁵

Verken EF- eller EFTA-domstolen har foreløpig avsagt publiserte avgjørelser om tolkningen av personverndirektivet.²⁶ Som jeg vil komme tilbake til i punkt 6.8.2, har imidlertid EF-domstolen avsagt en avgjørelse av interesse for spørsmålet om adgangen til å avgi kollektivt samtykke.

5.5.3 Art 29-gruppens uttalelser

I henhold til personverndirektivet art 29 er det etablert en arbeidsgruppe, Art 29-gruppen. Gruppen er sammensatt av representanter for tilsynsmyndighetene fra de ulike medlemsstatene, samt en representant fra Kommisjonen. Hovedformålet til gruppen er å overvåke implementeringen av personverndirektivet i de ulike medlemslandene.

Gruppen er tillagt en rekke konkrete oppgaver og kompetanser. Det følger av art 30 i direktivet at den skal underrette Kommisjonen dersom den finner at ulikheter i medlemsstatenes lovgivning er egnet til å hindre den frie flyten av opplysninger mellom landene. Art 29-gruppen kan komme med anbefalinger om hvilke tiltak som i tilfelle bør iverksettes. Anbefalingene er formelt sett kun rådgivende. Likevel har gruppens

²⁵ Se nærmere om omstolenes kompetanse i Sejersted ... [et al]. 1995, s 93 flg og 107 flg.

²⁶ Per 15. mai 2005.

uttalelser allerede hatt stor betydning ved utformingen av den nasjonale reguleringen av personopplysningsvernet.²⁷ Dette gir grunnlag for å vektlegge Art 29-gruppens uttalelser ved løsningen av spørsmål som gruppen har uttalt seg om.

5.5.4 Kollektiv avtalepraksis

Det følger av de alminnelige rettskildeprinsippene at privates praksis er relevant å ta betraktning ved en tolkningsprosess.²⁸ Også kollektiv avtalepraksis er relevant som tolkningsfaktor. Det følger blant annet av avgjørelsen inntatt i Rt 1985 s 1141 at selv enkeltvis tariffavtaler kan ha betydning for tolkningen av lover.²⁹

Adgangen til å legge vekt på kollektiv avtalepraksis tilsier at eksisterende kollektiv avtalepraksis kan trekkes inn ved drøftelsen av hvilket rettslig rom det er for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Jeg kommer på tross av dette ikke til å bruke eksisterende kollektiv avtalepraksis annet enn for å eksemplifisere problemstillingene jeg drøfter. Dette har sammenheng med at jeg på grunn av oppgavens tidsrammer ikke har hatt mulighet til å foreta noen omfattende kartlegging av eksisterende avtalepraksis, som nevnt i punkt 1.3. Videre har det sammenheng med at tariffpartenes praksis neppe bygger på en bestemt oppfatning av personopplysningsjussen. Dette gjør at det er vanskelig å anvende eksisterende kollektive bestemmelser som argument ved fastleggelsen av de rettslige rammene for slike bestemmelser.

5.6 Anvendelse av reelle hensyn som rettskilde. Særlig om formål og pol § 1

Ulike reelle hensyn kan trekkes inn i en tolkningsprosess.³⁰ Særlig vil det være aktuelt å legge vekt på reelle hensyn som ivaretar en lovs formål.³¹

²⁷ Se Blume (ed), Peter, Saarenpää, Ahti, Schartum, Dag Wiese og Seipel, Peter. Nordic Data Protection. Copenhagen 2001, s 5.

²⁸ For en generell redegjørelse for privates praksis som rettskilde, se Eckhoff og Helgesen 2001, s 244 flg.

²⁹ Saken i Rt 1985 s 1141 gjaldt lovligheten av tidsbegrensede ansettelser av aktivitører i stillinger normert og kunngjort ledige for ergoterapeuter ved et sykehus. I saken vektla Høyesterett avtalen mellom Norske Kommuners Sentralforbund og Norsk Kommuneforbund ved tolkningen av aml § 58 nr 7 (2).

³⁰ For en generell redegjørelse for reelle hensyn som rettskildefaktor, se Eckhoff og Helgesen. 2001, s 366 flg.

³¹ Se Eckhoff og Helgesen. 2001, s 373.

I forhold til personopplysningslovens formålsbestemmelser, pol § 1, er det slått eksplisitt fast i forarbeidene at bestemmelsen er en sentral rettskildefaktor ved tolkningen av de øvrige bestemmelsene i personopplysningsloven. Bestemmelsen slår fast:

”Formålet med denne loven er å beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger.

Loven skal bidra til at personopplysninger blir behandlet i samsvar med grunnleggende personvern hensyn, herunder behovet for personlig integritet, privatlivets fred og tilstrekkelig kvalitet på personopplysninger.”

Forarbeidene uttaler om bestemmelsen:

”Formålsbestemmelsen vil være et moment ved tolkingen av lovens øvrige regler. F eks vil det ved mer skjønnsmessige avveininger være naturlig å legge vekt på hovedsiktemålet om å verne mot krenkelse av den personlige integritet.”³²

Dette medfører at personopplysningsvernshensyn skal tillegges vekt ved tolkningen av bestemmelsene i personopplysningsloven, jf pol § 1.

Siden problemstillingen i denne oppgaven faller i krysningsfeltet mellom personopplysnings- og arbeidsretten, vil også reelle hensyn relatert til behovene og tradisjonene i arbeidslivet kunne tillegges vekt ved drøftelsen av de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

³² Se Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel 1 Lovens formål og virkeområde, Til § 1 Lovens formål, 5. ledd.

6 Fastleggelsen av de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger

6.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg på bakgrunn av de foregående kapitlene forsøke å fastlegge de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

6.2 Oppbygningen av drøftelsen

Jeg vil starte drøftelsen med å vise at oppgavens problemstilling sett fra et personopplysningsrettslig perspektiv er et spørsmål om hjemmel, se punkt 6.3. Etter dette vil jeg i punkt 6.4 drøfte hvordan personopplysningsrettens krav om hjemmel skal samordnes med reglene og prinsippene i arbeidsretten. Dette vil jeg anvende i den videre drøftelsen. Jeg vil i punkt 6.5 gå gjennom de ulike grunnlagene i pol §§ 8 og 9 og vurdere hvilke grunnlag som kan være aktuelle som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Grunnlagene som ikke reiser særlige spørsmål vil jeg kun behandle kort, selv om grunnlagene for så vidt kan utgjøre sentrale hjemmelsgrunnlag. Jeg vil drøfte mer inngående de av grunnlagene som både fremstår som sentrale og reiser særlige spørsmål som hjemmelsgrunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Dette gjelder særlig samtykke, som gir grunnlag for behandling av personopplysninger etter både pol §§ 8 og 9. Videre gjelder dette pol § 9 (1) f), som gir adgang til behandling av sensitive personopplysninger der behandlingen er nødvendig for å oppfylle arbeidsrettslige rettigheter eller plikter. Min behandling fra punkt 6.6 til og med punkt 6.10 vil i hovedsak fokusere på disse grunnlagene.

6.3 Problemstillingen - et hjemmelsspørsmål

Jeg vil nå vise hvordan problemstillingen knyttet til de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger er et spørsmål om hjemmel, slik at fremstillingen naturlig må ta utgangspunkt i personopplysningslovens bestemmelser.

Det er fastsatt i pol §§ 8 og 9 at behandling av personopplysninger er forbudt, med mindre behandlingen har hjemmel i noen av de grunnlagene som positivt er opplistet i §§ 8 og 9, jf punkt 4.3.3. Etter sin ordlyd regulerer pol §§ 8 og 9 direkte kun adgangen til å foreta behandling av personopplysninger. Indirekte regulerer pol §§ 8 og 9 også muligheten til å fastsette kollektive bestemmelser om adgang til å behandle personopplysninger. Dette fordi pol §§ 8 og 9 krever at behandling av personopplysninger må ha hjemmel i de oppregnede grunnlagene. I den grad kollektive avtaler skal gi gyldig adgang til behandling av personopplysninger, må avtalens bestemmelser ha hjemmel i grunnlagene i pol §§ 8 og 9. Dette medfører at problemstillingen sett fra et rent personopplysningsrettslig perspektiv er et spørsmål om hjemmel. Etter dette må en rettsanvender vurdere kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger, i henhold til de rettslige grunnlagene i personopplysningsloven.

6.4 Samordning av personopplysningsrettens hjemmelskrav og de arbeidsrettslige utgangspunktene og prinsippene

6.4.1 Hjemmelskravet i forhold til utgangspunktet om avtalefrihet

Som jeg har vært inne på i kapittel 3 står hjemmelskravet som følger av personopplysningsloven i kontrast til det arbeidsrettslige utgangspunktet om avtalefrihet. Dette vil jeg illustrere med eksempelet hentet fra Standardoverenskomsten punkt 10.2. Sett fra både et arbeidsrettslig og et avtalerettslig perspektiv står partene i arbeidslivet fritt til å avtale at arbeidsgiver skal utlevere lønnsopplysninger til de tillitsvalgte. Når dette er avtalt, bryter arbeidsgiver tariffavtalen, dersom han nekter å utlevere opplysningene.

I forhold til personopplysningsloven stiller dette seg annerledes. Jeg vil her forutsette at bestemmelsen om utlevering ikke har hjemmel i pol §§ 8 eller 9. Ut fra et personopplysningsrettslig perspektiv har arbeidsgiver da ikke adgang til å utlevere lønnsopplysningene.

Det faller utenfor denne oppgaven å behandle rettsvirkningene det har at en kollektiv bestemmelse er i strid med personopplysningsloven, jf punkt 1.2. Her vil jeg fokusere

på samordningen mellom hjemmelskravet i personopplysningsloven og det arbeidsrettslige utgangspunktet om avtalefrihet.

Utgangspunktet om avtalefrihet er begrenset av preseptoriske lovbestemmelser, slik som pol §§ 8 og 9. Dette går frem av Eckhoff/Helgesen uttalelser om at:

”[tariffavtalene] har lavere rang, slik at de må stå tilbake for preseptoriske regler som statsmyndighetene har vedtatt”.³³

Det samme fastslår Holgersen for tilfeller der tariffavtaler er i strid med likestillingsloven. Holgersen skriver om dette at det må ”tas utgangspunkt i at formell lov står over tariffavtaler, slik at det er loven og ikke tariffavtalen som må følges dersom disse to er uforenelige”.³⁴

Etter dette utgjør pol §§ 8 og 9 unntak fra utgangspunktet om avtalefrihet.

Konklusjonen om at pol §§ 8 og 9 gjør unntak fra utgangspunktet om avtalefrihet, reiser spørsmål om det er adgang til å gi avkall på det vern som personopplysningsloven stiller opp. Dette kan for eksempel være aktuelt i forbindelse med tarifforhandlinger.

Et avkall på det vern som personopplysningsloven gir, enten det gis i en forhandlingssituasjon eller i en annen sammenheng, vil være naturlig å betrakte som et samtykke til behandling av personopplysninger. Samtykke gir etter både pol §§ 8 og 9 grunnlag for behandling av personopplysninger. Det er i utgangspunktet ingen begrensninger for hvilken behandling av personopplysninger man kan samtykke til. Dette tilsier at det er mulig å samtykke til behandling av personopplysninger der behandlingen mangler hjemmel i pol §§ 8 og 9.

³³ Eckhoff og Helgesen. 2001, s 255.

³⁴ Holgersen, Gudrun. Likestillingsloven og tariffavtaler. I: Festskrift til Per Stavang 1998; Stat, politikk og folkestyre, s 535 og 536.

Det er imidlertid lite treffende å betegne et slikt samtykke som et avkall på det vern som personopplysningsloven stiller opp. Dette skyldes at et slikt samtykke i realiteten jo vil utgjøre et tilstrekkelig behandlingsgrunnlag i medhold av pol §§ 8 og 9. Dermed vil behandlingen som skjer på bakgrunn av avkallssamtykket ikke være i strid med pol §§ 8 og 9.

Jeg kan ikke se at det er mulig å gi avkall på vernet etter personopplysningsloven på andre måter. På bakgrunn av dette er jeg kommet til at det ikke er adgang til å frasi seg det vern som personopplysningsloven gir.

I den grad det gis et samtykke som fremstår som et avkall på det vern som personopplysningsloven gir, må dette oppfylle kravene i pol § 2 nr 7 til frivillighet, uttrykkelighet og informasjon. I forhold til disse kravene vil jeg bemerke at de i medhold av pol § 1 vil bli tolket strengere, jo mer vidtrekkende samtykket er. Se nærmere om dette, særlig i punkt 6.8.3.1. Dette vil gjøre at terskelen for å akseptere et vidtrekkende samtykke vil være meget høy.

Jeg vil behandle kravene som stilles til samtykke nærmere i punktene 6.8.3 og 6.8.4.

6.4.2 Hjemmelskravet i forhold til prinsippet om arbeidsgivers styringsrett

I tillegg til spørsmålet knyttet til samordningen mellom utgangspunktet om avtalefrihet og hjemmelskravet, oppstår spørsmål knyttet til forholdet mellom prinsippet om arbeidsgivers styringsrett og hjemmelskravet. Spørsmålet er hvilken betydning styringsretten har for tolkningen av bestemmelsene i pol §§ 8 eller 9.

Jeg har i punkt 4.2.5 påpekt at prinsippet om styringsretten kan tilsi at det bør være rom for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger så langt styringsretten rekker. Kravet om hjemmel i pol §§ 8 eller 9 gjelder imidlertid også der hvor behandlingen er i samsvar med styringsretten. Det er derfor ikke alene tilstrekkelig at kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger er i samsvar med styringsretten. Det kreves også at behandlingen har hjemmel i pol §§ 8 eller 9. Bakgrunnen for dette er at styringsretten er

begrenset av blant annet den til enhver tid gjeldende lovgivning, herunder personopplysningsloven, som nevnt i punkt 4.2.5.

En annen sak er at styringsretten kan vektlegges ved tolkningen av de ulike grunnlagene i pol §§ 8 og 9. Det ligger i dette at styringsretten kan påvirke de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger som et tolkningsmoment. Dette vil jeg komme tilbake til, se særlig punkt 6.5.4.6.

6.5 Aktuelle hjemmelsgrunnlag

6.5.1 Innledning

Etter at jeg nå har belyst samordningen av hjemmelskravet i personopplysningsretten med de arbeidsrettslige utgangspunktene og prinsippene, vil jeg gå gjennom de ulike grunnlagene for behandling av personopplysninger i pol §§ 8 og 9. Formålet med gjennomgangen er å vurdere hvilke av grunnlagene som er aktuelle hjemmelsgrunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Som jeg har nevnt i punkt 6.2, vil jeg fokusere på de av grunnlagene som fremstår som aktuelle og reiser særlige spørsmål.

I forhold til grunnlagene vil jeg bemerke at samtykke sett fra et personopplysningsrettslig perspektiv står sentralt. Dette har sammenheng med utgangspunktet om den enkeltes rett til selv å bestemme over opplysninger som omhandler ham selv, som nevnt i punkt 4.3.1. Jeg vil i det følgende imidlertid også klarlegge hvilke andre grunnlag i pol §§ 8 og 9 som kan være aktuelle som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Dette har sammenheng med at jeg etter å ha henvendt meg til ulike bedrifter, som nevnt i punkt 1.3, har fått inntrykk av at samtykke i praksis brukes i begrenset grad i arbeidslivet.

Jeg minner om at behandling av sensitive personopplysninger må ha hjemmel i pol § 9, jf punkt 4.3.3.2. Kollektive bestemmelser som åpner for at arbeidsgiver skal kunne

behandle sensitive personopplysninger må derfor ha hjemmel i pol § 9. Dersom kollektive bestemmelser kun åpner for behandling av ikke-sensitive personopplysninger, er det tilstrekkelig at bestemmelsene har hjemmel i et av grunnlagene i pol § 8. Som jeg har nevnt i punkt 4.3.3.3 kan grunnlagene i pol § 8 ikke hjemle behandling av sensitive personopplysninger, mens det er et uklart spørsmål om grunnlagene i pol § 9 kan ansees å gi hjemmel for behandling av ikke-sensitive personopplysninger. Jeg vil drøfte dette særskilt for pol § 9 (1) f) i punkt 6.11.

6.5.2 Samtykke

Samtykke fra den personen som personopplysningene gjelder, den registrerte, jf pol § 2 nr 6, gir grunnlag for behandling av personopplysninger etter både pol § 8 og § 9 (1) a).

Personopplysningsloven stiller ingen formkrav til et samtykke. Et samtykke kan for eksempel gis muntlig eller elektronisk.³⁵ Pol § 2 nr 7 krever imidlertid at et samtykke skal være avgitt uttrykkelig, frivillig og informert.

Kravet om uttrykkelighet innebærer, i følge forarbeidene, at det må fremgå klart og utvetydig at det dreier seg om et samtykke.³⁶ Det nærmere innholdet i kravet og hvilke nærmere konsekvenser kravet har for utformingen av samtykker vil jeg vise i punktene 6.8.3.2 og 6.8.4.2.

Frivillighetskravet innebærer at et samtykke må være avgitt uten tvang. Også innholdet i kravet om frivillighet vil jeg komme tilbake til i punktene 6.8.3.3 og 6.8.4.3, i tillegg til i punkt 6.6.2.

Videre innebærer kravet om at et samtykke skal være ”informert” at den registrerte skal ha tilstrekkelig informasjon til at han vet hva han samtykker til. Dette kravet vil jeg behandle nærmere i punktene 6.8.3.4 og 6.8.4.4.

Det er forutsatt i pol § 2 nr 7 at et samtykke blir avgitt av den registrerte selv. Dette går frem ved at et samtykke defineres som en erklæring ”fra den registrerte om at han eller

³⁵ Se Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel I Lovens formål og virkeområde, Til § 2 Definisjoner, 25. ledd.

³⁶ l.c.

hun godtar behandling av opplysninger om seg selv”. I hvilken utstrekning loven anerkjenner samtykke gitt av andre enn den registrerte selv er på bakgrunn av dette uklart. Dermed er det også et uavklart om personopplysningsloven åpner for kollektivt samtykke, som nevnt allerede i punkt 1.1. Spørsmålet står sentralt ved fastleggelsen av de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Jeg vil behandle spørsmålet om kollektivt i forhold til både organiserte og uorganiserte arbeidstakere i punktene 6.7 til og med 6.9.

I punkt 6.5.1 har jeg pekt på samtykkets sentrale stilling i personopplysningsretten. Det er noe uklart hva som ligger i dette. I punkt 6.6 vil jeg derfor drøfte om det på bakgrunn av samtykkets sentrale stilling er nødvendig å forsøke å innhente samtykke før noen av de øvrige grunnlagene i pol §§ 8 eller 9 blir brukt som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

6.5.3 Lovhjemmel

Jeg vil nå gå over til å behandle lovhjemmel for behandling av personopplysninger. Både alminnelige og sensitive personopplysninger kan behandles dersom det foreligger lovhjemmel for behandlingen, jf pol §§ 8 og 9 (1) b).

En lovbestemmelse kan tjene som grunnlag for behandling av personopplysninger dersom det direkte er fastsatt adgang til behandling av personopplysninger. Mer uklart er det om en lovbestemmelse som kun forutsetter behandling av personopplysninger, gir tilstrekkelig hjemmel. Dette beror på en tolkning av loven. Det er sagt i forarbeidene at hjemmelskravet er relativt, slik at jo mer truet personopplysningsvernet er, desto klarere må det være at den aktuelle loven gir hjemmel for behandlingen av personopplysninger.³⁷

Lovhjemmel kan være et aktuelt grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Der de kollektive bestemmelsene kun gjengir en adgang som allerede følger av lov, vil de kollektive avtalene ikke ha selvstendig betydning. Hvis de kollektive bestemmelsene søker å regulere behandling av

³⁷ Se Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 7. ledd

personopplysninger der hvor behandlingen er en nødvendig følge av en lovbestemt plikt, for eksempel i tilknytning til helse/miljø/sikkerhet – tiltak, kan derimot de kollektive bestemmelsen ha en viss betydning i forhold til å presisere hvilken adgang arbeidsgiver har til å behandle personopplysninger. Dersom de aktuelle bestemmelsene ikke har hjemmel i noen andre grunnlag i pol §§ 8 eller 9, må de presiserende bestemmelsene imidlertid ikke gi adgang for behandling av personopplysninger i større grad enn det den aktuelle lovbestemmelsen kan sies å gi hjemmel for.

Jeg kan ikke se at lovhjemmel reiser i særlige spørsmål som grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Av plassmessige hensyn går jeg derfor ikke nærmere inn på dette.

6.5.4 Nødvendighet

6.5.4.1 Generelt om de ulike nødvendighetsgrunnene

Jeg vil i det følgende gå gjennom de ulike nødvendighetsgrunnene i pol §§ 8 og 9 og vurdere hvilke av disse grunnlagene som kan være aktuelle som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Pol §§ 8 a)-f) og 9 (1) c)-h) angir hvilke formål som etter personopplysningsloven ansees å kunne nødvendiggjøre behandling av personopplysninger. Felles for formålene i §§ 8 a)-f) og 9 (1) c)-h) (unntatt § 9 (1) d)) er at de er skjønnsmessige og krever at behandling av personopplysninger er ”nødvendig”.

Pol § 9 (1) d) krever ikke at behandlingen er ”nødvendig”. Jeg vil derfor behandle dette grunnlaget særskilt i punkt 6.5.5.

Etter ordlyden i de ulike nødvendighetsgrunnene i pol §§ 8 og 9 fremstår det som uklart hvilke krav som følger av begrepet ”nødvendig”. Det er sagt i forarbeidene til pol § 8 at det beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle om behandling av personopplysninger er ”nødvendig” og at kravene til nødvendighet avhenger av hvilken type behandling som skal finne sted. Dette stiller seg neppe annerledes for nødvendighetsgrunnene i pol § 9. Som eksempel på at kravene er relative trekker forarbeidene frem at innsamling av personopplysninger kan oppfylle kravet, mens

utlevering av opplysningene, som i større grad er en fare for personopplysningsvernet, ikke oppfyller kravet.³⁸

Det følger verken av ordlyden eller forarbeidene hvilke konkrete momenter som er relevante å ta i betraktning ved vurderingen av om behandling er ”nødvendig”. En naturlig forståelse av begrepet tilsier at hvilke momenter som er relevante å ta i betraktning, vil variere avhengig av omstendighetene i det enkelte tilfelle. På bakgrunn av dette vil en lang rekke ulike momenter kunne være relevante å trekke inn ved vurderingen. Dette åpner for at også arbeidsrettslige regler, prinsipper og tradisjoner, samt særlige hensyn som gjør seg gjeldende i arbeidsforhold, kan trekkes inn i vurderingen av om behandling er ”nødvendig”. For eksempel kan ufravikelighetsprinsippet, jf punkt 4.2.2, tilsa at det er ”nødvendig” at arbeidsgiver utleverer lønnsopplysninger, slik Standardoverenskomsten punkt 10.2 fastsetter. Dette kan gjøre at samordningen mellom hjemmelskravet i personopplysningsretten og de arbeidsrettslige reglene og prinsippene går smidigere.

Jeg vil påpeke at i tillegg til at hensynet til arbeidslivets behov og tradisjoner kan tilsa at behandling av personopplysninger er ”nødvendig”, kan arbeidslivets behov og tradisjoner falle inn under de ulike nødvendighetsgrunnene som pol §§ 8 og 9 lister opp. Dette vil jeg komme tilbake til ved behandlingen av de ulike nødvendighetsgrunnene, se særlig punkt 6.5.4.6. Også dette kan bidra til at samordningen mellom hjemmelskravet i personopplysningsretten og de arbeidsrettslige reglene og prinsippene blir enklere.

Etter at jeg nå på generelt grunnlag har behandlet nødvendighetskravet vil jeg gå over til å behandle de ulike nødvendighetsgrunnene. Jeg vil starte med nødvendighetsgrunnene i pol § 8.

6.5.4.2 Pol § 8 a)

Etter § 8 a) kan personopplysninger behandles, hvis dette er nødvendig for å ”oppfylle en avtale med den registrerte, eller for å utføre gjøremål etter den registrertes ønske før en slik avtale inngås”. Som eksempel på behandling som er omfattet av pol § 8 a)

³⁸ Se Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 4. ledd.

nevner forarbeidene nedtegning av avtalepartens navn og adresse og utfylling av fakturaer.³⁹

Ut fra ordlyden, som knytter behandlingsgrunnlaget opp mot ”avtale med den registrerte”, og eksemplene som forarbeidene gir, synes det å være en forutsetning for bruk av pol § 8 a) at den registrerte er eller skal bli part i avtalen. Dette kommer eksplisitt frem i direktivet art 7 b), som pol § 8 a) implementerer. Det heter her at behandling kan skje dersom det er nødvendig for å oppfylle ”en kontrakt som den registrerte er part i, eller for å iverksette tiltak på dennes anmodning før kontraktsinngåelsen”. På bakgrunn av dette er det klart at pol § 8 a) gjelder for avtaler der den registrerte er eller skal bli part.

Det kan fremstå som uklart om en arbeidstaker er part i en kollektiv avtale. Dette skyldes at et arbeidsforhold er et kompleks av rettigheter og plikter med forskjellige rettslige grunnlag, som arbeidsavtalen, tariffavtaler og lovverk, jf kapittel 3. En arbeidstaker kan være bundet av en kollektiv avtale, men da gjennom medlemskapet i arbeidstakerorganisasjonen og bestemmelser i den individuelle arbeidsavtalen. Arbeidstakeren er ikke bundet som part da det er arbeidstakerorganisasjonen som er part i en kollektiv avtale, jf punkt 4.2.2. Dette tilsier i at pol § 8 a) ikke er aktuell som grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Etter dette går jeg ikke nærmere inn på pol § 8 a).

6.5.4.3 Pol § 8 b)

Det følger av pol § 8 b) at personopplysninger kan behandles dersom det er nødvendig for å oppfylle en ”rettslig forpliktelse”.

Ordlyden i begrepet ”rettslig forpliktelse” omfatter etter en naturlig språklig forståelse alle rettslige forpliktelser. På bakgrunn av dette fremstår pol § 8 b) som et vidtrekkende grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle

³⁹ Se Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 8. ledd.

personopplysninger. Uttalelser i forarbeidene fremhever imidlertid at begrepet primært omfatter plikter som er hjemlet i lov eller forskrift eller som følger av dom eller forvaltningsvedtak.⁴⁰ En slik forståelse av begrepet legger også Kaspersen, Wiik Johansen og Bergseng Skullerud til grunn.⁴¹ Dette taler for å tolke begrepet innskrenkende. Hvorvidt dette er riktig, vil jeg komme tilbake til i punkt 6.11.3 i forbindelse med at jeg der vil klarlegge forholdet mellom pol § 9 (1) f), som åpner for behandling av sensitive personopplysninger dersom dette er nødvendig av hensyn til ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”, og pol § 8 b).

Selv om begrepet ”rettslig forpliktelse” skal tolkes innskrenkende, synes er det ut fra både uttalelsene i forarbeidene og Kaspersen, Wiik Johansen og Bergseng Skulleruds uttalelser klart at forpliktelser som følger av lov er omfattet av begrepet. For forpliktelser som følger av lov kan det bli en flytende overgang mellom bruk av § 8 b) og lovhjemmel, som nevnt i punkt 6.5.3. Et eksempel som kan illustrere dette er tilretteleggingsplikten i aml § 14 f). Pol § 8 b) gir hjemmel for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle de personopplysninger der dette er nødvendig for å oppfylle tilretteleggingsplikten. Tilretteleggingsplikten i aml § 14 kan også tolkes som en lovhjemmel for en viss behandling av personopplysninger, jf punkt 6.5.3. Spørsmålet oppstår da hvilket grunnlag som skal anvendes. Dersom det er mulig å legge til grunn at det foreligger lovhjemmel, jf punkt 6.5.3, er det mest praktisk å anvende lovhjemmel som grunnlag fordi man da unngår nødvendighetsvurderingen som må gjennomføres etter pol § 8 b).

Utover dette viser jeg til behandlingen av pol § 8 b) i punkt 6.11.3.

6.5.4.4 Pol § 8 c)

Etter pol § 8 c) er det adgang til å behandle personopplysninger dersom det er nødvendig for å ivareta ”vitale interesser” for den personopplysningene gjelder.

⁴⁰ Ot prp nr. 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 10. ledd.

⁴¹ Se Kaspersen, Knut Brede, Wiik Johansen, Michael og Bergseng Skullerud, Åste Marie. Personopplysningsloven Kommentartutgave. Oslo 2001, s 100/101.

Forarbeidene forklarer begrepet "vitale interesser" slik at dette omfatter interesser som er av fundamental betydning for den registrerte. Som eksempel trekker forarbeidene frem en situasjon der personopplysninger om en som plutselig er blitt alvorlig syk og mistet bevisstheten, må behandles for å kontrollere blodtype og sykdomshistorie eller for å varsle de pårørende.⁴²

Pol § 8 c) gir hjemmel for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger der "vitale interesser" for den personopplysningene gjelder, gjør behandling nødvendig. Bestemmelsen har en så vidt spesifikk nødvendighetsgrunn at den synes å være av begrenset praktisk betydning som grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Av plassmessige hensyn går jeg derfor ikke nærmere inn på pol § 8 c).

6.5.4.5 Pol § 8 d) og e)

Etter pol § 8 d) og e) er behandling av personopplysninger tillatt dersom det er nødvendig for å utføre en oppgave av "allmenn interesse" eller utøve offentlig myndighet.

Forarbeidene trekker frem behandling i forbindelse med arkivering eller statistisk, historisk eller vitenskapelig virksomhet som eksempler på behandling som kan være nødvendig for å utføre oppgaver av "allmenn interesse".⁴³ Verken dette eller utøvelse av offentlig myndighet fremstår som særlig aktuelle grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Jeg går derfor ikke nærmere inn på disse grunnlagene.

⁴² Ot prp nr. 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 11.ledd.

⁴³ Ot prp nr. 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 12.ledd.

6.5.4.6 Pol § 8 f)

Det følger endelig av pol § 8 f) at personopplysninger kan behandles dersom dette er nødvendig for å ivareta ”en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen”.

Begrepet ”berettiget interesse” er vidt, langt videre enn de øvrige formålene som angis i nødvendighetsgrunnene i pol § 8. Jeg vil imidlertid påpeke at det etter § 8 f) ikke er tilstrekkelig at det foreligger ”berettiget interesse” og at behandling av personopplysninger er ”nødvendig”. Det kreves i tillegg at ”hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen”, det vil si den berettigede interessen som begrunner behandlingen. Dette innebærer at pol § 8 f) stiller opp et krav om interesseovervekt for at behandling av personopplysninger skal kunne foretas. Med dette snevres hjemmelen som pol § 8 f) gir for behandling av personopplysninger noe inn.

For å fastslå om kravet om interesseovervekt er oppfylt, må konsekvensene som behandlingen vil medføre for den registrerte klarlegges. Dette må veies mot behovet for behandling. Det er sagt i forarbeidene at det ved denne avveiningen generelt sett skal legges stor vekt på hensynet til privatlivets fred i forhold til kommersielle interesser.⁴⁴

Jeg vil etter dette behandle begrepet ”berettiget interesse” nærmere. Siden begrepet er vidt kan en lang rekke ulike interesser representere en ”berettiget interesse” og dermed gi grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Blant annet kan hensynet til ivaretagelse av arbeidsrettslige regler, prinsipper og tradisjoner utgjøre en ”berettiget interesse”. Etter dette kan utøvelse av styringsretten, som jeg har behandlet i punkt 4.2.5, kunne være en ”berettiget interesse”. Videre kan hensynet til at det kollektive arbeidslivet skal fungere være en ”berettiget interesse”.

⁴⁴ Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 14.ledd.

På bakgrunn av dette vil jeg gi et eksempel på en kollektiv bestemmelse om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger som kan ha hjemmel i pol § 8 f). Eksempelet er Standardoverenskomsten punkt 10.2 om utlevering av lønnsopplysninger. Hensynet til arbeidstakernes personopplysningsvern taler mot utleveringen av lønnsopplysninger. På den annen side kan det hevdes at utlevering av lønnsopplysninger til tillitsvalgte er ”nødvendig” for å sikre at arbeidsgiver skal overholde sine tariffoppliktelse, både i forhold til utfravikelighetsprinsippet og likestillingsloven. Hensynet til å sikre dette representerer en ”berettiget interesse”. Spørsmålet om databehandlingen har hjemmel i pol § 8 f) beror på en avveining av disse hensynene. Jeg vil kort nevne at Datatilsynet har kommet til at pol § 8 f) isolert sett ikke gir hjemmel for utleveringen, men at dette stiller seg annerledes dersom de tillitsvalgte undertegner særskilte taushetserklæringer.⁴⁵ (Datatilsynet kom til denne konklusjonen ved sin andre behandling av utleveringsbestemmelsen, som nevnt i punkt 3.) Etter min oppfatning fremstår dette som en fornuftig løsning. Ved taushetserklæringer blir innvendingene begrunnet i hensynet til personopplysningsvernet svakere. Dette kan medføre at interessene knyttet til overholdelse av utfravikelighetsprinsippet og likestillingsloven veier tyngre enn ulempene knyttet i forhold til personopplysningsvernet. Pol § 8 f) kan da gi hjemmel for utleveringsbestemmelsen.

Jeg minner om at hensynet til arbeidslivet og arbeidsretten i tillegg kan trekkes inn ved vurderingen av om behandling skal ansees å være ”nødvendig”, som nevnt i punkt 6.5.4.1. Muligheten til å vektlegge disse hensynene både ved vurderingen av om behandling er ”nødvendig” og ved vurderingen av om det foreligger en nødvendighetsgrunn, kan gjøre samordningen mellom hjemmelskravet og de arbeidsrettslige reglene og prinsippene smidigere.

Avslutningsvis vil jeg påpeke at det er mulig å tenke seg at et samtykke som er avgitt av en arbeidstakerorganisasjon kan gis virkning for uorganiserte arbeidstakere fordi det kollektive samtykket som er avgitt ansees å være ”en berettiget interesse”. Dette vil jeg behandle nærmere i punkt 6.9.

⁴⁵ Se Datatilsynets brev til LO ”Innsyn i lønnsopplysninger” av 19.02.04 [online]. Tilgang: http://www.datatilsynet.no/templates/article____913.aspx

I tillegg vil jeg nevne at grunnlagene som er nevnt i pol § 9, og ikke direkte i § 8, kan ansees å representere en ”berettiget interesse” i medhold av pol § 8 f). Hvorvidt dette er tilfelle, og hvilket praktisk behov dette kan løse, vil jeg komme tilbake til i punkt 6.11.2.

Nå vil jeg gå over til å behandle nødvendighetsgrunnene i pol § 9.

6.5.4.7 Pol § 9 (1) c)

Det følger av pol § 9 (1) c) at sensitive personopplysninger kan behandles, dersom behandlingen er nødvendig for å beskytte en persons ”vitale interesser”. Begrepet ”vitale interesser” er brukt også i pol § 8 c), se om denne i punkt 6.5.4.4. Til forskjell fra § 8 c) krever § 9 (1) c) at den registrerte ikke selv er i stand til å samtykke, for eksempel på grunn av sykdom.

Pol § 9 (1) c) gir hjemmel for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle sensitive personopplysninger der ”vitale interesser” for en person gjør behandling nødvendig og den registrerte ikke er i stand til å samtykke. Med sin spesifikke nødvendighetsgrunn er bestemmelsen av begrenset praktisk betydning som grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Av plassmessige hensyn går jeg derfor ikke nærmere inn på pol § 9 (1) c).

6.5.4.8 Pol § 9 (1) e)

I følge pol § 9 (1) e) kan sensitive personopplysninger behandles dersom behandlingen er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav.

Forarbeidene presiserer at begrepet ”rettskrav” er ment å favne vidt. Det omfatter ethvert rettskrav, både rettskrav som tilhører den registrerte og rettskrav som tilhører den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner.⁴⁶

⁴⁶ Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler om behandling av personopplysninger, Til § 9 Behandling av sensitive personopplysninger, 9.ledd.

Med denne tolkningen gir pol § 9 (1) e) hjemmel for kollektive bestemmelser som for eksempel gir arbeidsgiver adgang til å behandle de personopplysninger som er nødvendig for at arbeidsgiver skal kunne imøtegå et krav fra en oppsagt arbeidsgiver om at oppsigelsen av ham var urettmessig.

Jeg kan ikke se at pol § 9 (1) e) reiser særlige spørsmål som grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger og behandler av plassmessige hensyn ikke bestemmelsen nærmere.

6.5.4.9 Pol § 9 (1) f)

Det følger videre av § 9 (1) f) at det er adgang til å behandle sensitive personopplysninger dersom dette er nødvendig for at den behandlingsansvarlige skal kunne gjennomføre sine ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”. Bestemmelsen tilsier at kollektive bestemmelser kan gi arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger dersom dette er nødvendig for at han skal kunne oppfylle sine ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”.

Begrepet ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter” er vidt. Den nærmere rekkevidden av begrepet og bestemmelsen for øvrig står sentralt ved fastleggelsen av de rettslige rammene for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Jeg vil derfor behandle rekkevidden av pol § 9 (1) f) som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger inngående i punkt 6.10.

Videre vil jeg i punkt 6.11.3 særskilt behandle samspillet mellom pol § 8 b) og pol § 9 (1) f) som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

6.5.4.10 Pol § 9 (1) g)

Pol § 9 (1) g) fastsetter at det er adgang til å behandle sensitive personopplysninger dersom dette er nødvendig av hensyn til forebyggende sykdomsbehandling, medisinsk diagnose, sykepleie, pasientbehandling eller for forvaltning av helsetjenester. Dette

gjelder forutsatt at det er helsepersonell underlagt taushetsplikt som behandler opplysningene.

Dette er et veldig spesifikt alternativ. Grunnlaget fremstår på bakgrunn av dette som lite praktisk som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. På bakgrunn av dette finner jeg det ikke aktuelt å behandle det nærmere innholdet i pol § 9 (1) g) her.

6.5.4.11 Pol § 9 (1) h)

Endelig kan sensitive personopplysninger behandles dersom det er nødvendig for historiske, statistiske eller vitenskapelige formål, i følge § 9 (1) h). Det er en forutsetning etter § 9 (1) h) at samfunnets interesse i behandling klart overstiger ulempene ved behandlingen for den opplysningene gjelder.

Også dette grunnlaget er så vidt spesifikt at det fremstår som lite aktuelt i forhold til problemstillingen i denne oppgaven. Jeg vil derfor ikke behandle pol § 9 (1) h) nærmere.

6.5.5 Pol § 9 (1) d)

Etter at jeg har gått gjennom de ulike nødvendighetsgrunnene i pol §§ 8 og 9 vil jeg kort behandle pol § 9 (1) d).

Pol § 9 (1) d) gir hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger dersom den registrerte allerede frivillig har gjort de aktuelle personopplysningene ”alminnelig kjent”. Kravet ”alminnelig kjent” innebærer etter en naturlig språklig forståelse at de aktuelle opplysningene må være offentlig kjent, for eksempel via internett. Etter min vurdering er pol § 9 (1) d) neppe et særlig praktisk grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på dette grunnlaget her.

6.6 Samtykkets stilling i forhold til de øvrige grunnlagene i pol §§ 8 og 9 som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger

6.6.1 Innledning

Etter at jeg nå har gått gjennom de ulike grunnlagene i pol §§ 8 og 9 vil jeg behandle samtykkegrunnlaget nærmere. Jeg har allerede påpekt at samtykke står sentralt i personopplysningsretten, jf punkt 6.5.1. I dette punktet vil jeg drøfte hvor sentral stilling samtykke har i forhold til de øvrige grunnlagene i pol §§ 8 og 9 som hjemmel for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger. Dette vil jeg klarlegge ved å drøfte om det gjelder en plikt til å forsøke å innhente samtykke, før de øvrige grunnlagene i pol §§ 8 eller 9 tas i bruk som grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. I det følgende betegner jeg dette som et spørsmål om hvorvidt samtykke er utgangspunktet. Etter min oppfatning er dette en hensiktsmessig betegnelse fordi en eventuell plikt til å forsøke å innhente samtykke før andre grunnlag blir tatt i bruk som hjemmel for kollektive bestemmelser om behandling av personopplysninger, innebærer at det gjelder en plikt til å starte i samtykkegrunnlaget. Da fremstår samtykke som utgangspunktet blant de ulike grunnlagene i pol §§ 8 og 9.

6.6.2 Rettslig vurdering

Jeg vil nå drøfte spørsmålet om det er grunnlag for å stille opp en plikt til å forsøke å innhente samtykke før de øvrige grunnlagene for behandling av personopplysninger i pol §§ 8 og 9 blir benyttet som grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

I pol §§ 8 og 9 er de ulike grunnlagene for behandling av personopplysninger listet opp med konjunksjonen ”eller” mellom seg. Bruken av ”eller” taler for å anse de ulike alternativene som likestilte grunnlag for behandling av personopplysninger. Lovteksten gir ikke særskilt veiledning for spørsmålet om det gjelder en plikt til først å forsøke å innhente samtykke i forhold til kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. På generelt grunnlag gir lovteksten imidlertid ikke holdepunkter for å stille opp en slik plikt.

Mot å stille opp en slik plikt taler videre pol § 9 (1) c). Bestemmelsen åpner for behandling dersom behandling er nødvendig for å ivareta ”vitale interesser” og ”den registrerte ikke er i stand til å samtykke”, jf punkt 6.5.4.7. Det ligger i dette at den behandlingsansvarlige i forhold til denne bestemmelsen plikter å forsøke å innhente samtykke før han benytter pol § 9 (1) c) som grunnlag. En slik plikt kan ikke på tilsvarende måte utledes av noen av de øvrige bestemmelsene i pol §§ 8 og 9. Når kun en av bestemmelsene i pol §§ 8 og 9 stiller opp en slik plikt, har det formodningen mot seg at lovgiver har ment at det gjelder en generell til først å forsøke å innhente samtykke.

Forarbeidene oppfordrer imidlertid den behandlingsansvarlige til ”i størst mulig utstrekning” å basere behandling av personopplysninger på samtykke, selv om behandlingen kan hjemles i de andre grunnlag.⁴⁷ Oppfordringen gjelder generelt og gjelder dermed også i forhold til kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. I forhold til spørsmålet om samtykke er utgangspunktet, er det av betydning at forarbeidene anvender ”bør” og ikke ”skal”. Bruken av ”bør” innebærer at uttalelsen gir en klar oppfordring, men ingen plikt til først å forsøke å innhente samtykke.

Det er imidlertid mulig å utlede en generell plikt til først å forsøke å innhente samtykke av lov 2001-05-18 nr 24, helseregisterloven, § 5 (3). Loven gjelder registre med helseopplysninger, som er sensitive personopplysninger i henhold til pol § 2 (8) c). Helseregisterloven viser til personopplysningsloven i § 5 (1):

”Helseopplysninger kan bare behandles elektronisk når dette er tillatt etter personopplysningsloven §§ 9 og 33, eller følger av lov og behandlingen ikke er forbudt ved annet særskilt rettsgrunnlag. Det samme gjelder annen behandling av helseopplysninger, dersom opplysningene inngår eller skal inngå i et helseregister.”

I § 5 (3) fastsetter helseregisterloven:

⁴⁷ Se Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 5.ledd.

”Før helseopplysninger innhentes for behandling etter første ledd, skal samtykke fra den registrerte foreligge, hvis ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov.”

Etter helseregisterloven er altså utgangspunktet at den behandlingsansvarlige har plikt til først å forsøke å innhente samtykke. Siden helseregisterloven viser til personopplysningsloven kan dette tale for å anse samtykke generelt for å være utgangspunkt også etter personopplysningsloven.

Personvernemnda har kommet til at samtykke er ”hovedregelen” etter personopplysningsloven på bakgrunn nettopp av helseregisterloven § 5, samt uttalelsene i forarbeidene til personopplysningsloven.⁴⁸ Dette kom frem i en sak som gjaldt spørsmål om konsesjon til å gjennomføre et forskningsprosjekt uten betingelse om innhenting av frivillig, uttrykkelig og informert samtykke. Personvernemnda fant det i saken nødvendig å ta stilling til forholdet mellom samtykke og nødvendighetsgrunnene i pol § 8. Som nevnt kom Personvernemnda til at samtykke er ”hovedregelen”. Det fremstår som noe uklart om Personvernemnda med dette mener at samtykke er utgangspunktet etter personopplysningsloven. Dermed er det også uklart om Personvernemnda mener det gjelder en plikt til å forsøke å innhente samtykke før andre grunnlag i pol §§ 8 og 9 blir anvendt som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Uansett hva Personvernemnda har ment med uttalelsen, er det etter min oppfatning en innvending mot grunnlaget som Personvernemnda vektlegger, helseregisterloven § 5, at bestemmelsen er av begrenset betydning ved drøftelsen av om det gjelder en plikt etter personopplysningsloven til først å forsøke å innhente samtykke. Henvisningen til personopplysningsloven i helseregisterloven § 5 (3) kan riktignok sees som en støtte for at en tilsvarende plikt gjelder etter personopplysningsloven. Personvernemnda er av denne oppfatning:

⁴⁸ Se punkt 6.2 i Personvernemndas klagesak 2004/01 avsagt 19.08.04. Personvernemnda behandlet i saken en klage på Datatilsynets vedtak om vilkår om samtykke for konsesjon for delstudie 1 og 2 – Statens Arbeidsmiljøinstitutt – STAMI [online]. Tilgang: http://www.personvernemnda.no/vedtak/2004_1.html

”Ettersom § 5, 1.ledd henviser til personopplysningsloven §§ 33 og 9, innebærer ikke dette et tilleggskrav om samtykke utover det som følger av personopplysningsloven. Det bidrar imidlertid til å understreke at prinsippet om at behandling av personopplysninger som hovedregel skal baseres på samtykke.”

Det er imidlertid like nærliggende å hevde at det hadde vært unødvendig for lovgiver både å henvise til personopplysningsloven og særskilt fastslå at det gjelder en plikt til først å forsøke å innhente samtykke, dersom en slik plikt uansett følger av personopplysningsloven.

Videre gjelder helseregisterloven en spesiell type personopplysninger. Det kan være at hensynet til den enkeltes selvbestemmelsesrett står særlig sterkt i forhold til helseopplysninger. I tilfelle er dette et forhold som kan tilsi at samtykke har en særlig sentral stilling på dette området. Dette gjør at slutningen fra reglene knyttet til helseopplysninger til personopplysninger generelt fremstår som usikker.

Som påpekt i punkt 5.5.1, må Personvernemndas uttalelser tillegges en viss vekt. Etter min oppfatning svekker Personvernemndas begrunnelse den vekt som Nemndas uttalelser kan tillegges her. I tillegg har jeg allerede påpekt at det fremstår som uklart hva Nemnda legger i sine uttalelser om at samtykke er ”hovedregel”. Samlet gjør dette at Personvernemndas uttalelser ikke gir tilstrekkelige holdepunkter for å mene at samtykke er utgangspunkt etter personopplysningsloven. Dermed gir uttalelsene heller ikke holdepunkter for at det gjelder en plikt til å forsøke å innhente samtykke før andre grunnlag i pol §§ 8 eller 9 blir brukt som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Jeg har heller ikke funnet grunnlag som taler for å stille opp samtykke som utgangspunkt etter personverndirektivet. Som pol §§ 8 og 9 lister direktivet art 7 og 8 opp de ulike grunnlagene med ”eller” mellom alternativene.

Videre har jeg i tilknytning til direktivet funnet uttalelser der "consent" betegnes som "one of the means".⁴⁹ Slike uttalelser taler også mot å stille opp en plikt til først å forsøke å innhente samtykke etter direktivet.

Spørsmålet om samtykke er utgangspunktet er i noen grad behandlet i teorien. Jeg gjør oppmerksom på at den forannevnte avgjørelsen fra Personvernemnda ikke er omhandlet i teorien.

Kaspersen, Wiik Johansen og Bergseng Skullerud karakteriserer samtykke som "hovedregel".⁵⁰ Med dette synes forfatterne å være på linje med Personvernemnda. Forfatterne viser til forarbeidenes oppfordring, men drøfter ikke nærmere hvilken konsekvens oppfordringen har for samtykkets stilling. På bakgrunn av dette, samt uklarheten knyttet til innholdet i uttrykket "hovedregel", tilfører uttalelsene lite i forhold til det som følger direkte av forarbeidene.

Søreide Lauridsen og Fevang uttaler om samtykkets stilling:

"Tanken om at den enkelte skal eie informasjonen om seg selv er grunnleggende i personvernsammenheng. Samtykke er derfor personopplysningslovens utgangspunkt".⁵¹

Etter min oppfatning ligger det noe klarere i "utgangspunkt" enn i "hovedregel" at den behandlingsansvarlige plikter å forsøke å innhente samtykke før han benytter andre grunnlag for behandling av personopplysninger. På bakgrunn av dette gir Søreide Lauridsen og Fevangs uttalelser en viss støtte for at det gjelder en plikt til først å forsøke å innhente samtykke. På den annen side drøfter heller ikke Søreide Lauridsen og Fevang spørsmålet nærmere. Dette reduserer vekten av uttalelsene.

⁴⁹ Se for eksempel "Communication from the commission. First stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data" [online]. Tilgang: http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_dialogue/docs/data_protection_I_en.pdf

⁵⁰ Se Kaspersen, Wiik Johansen og Bergseng Skullerud. 2001, s 97 flg.

⁵¹ Søreide Lauridsen, Grete og Fevang, Therese. Arbeidsgivers adgang og mulighet til å behandle personopplysninger om arbeidstaker. I: Arbeidsrett, vol I nr 4 2004, s 263.

Schartum og Bygrave drøfter spørsmålet om samtykkets stilling noe nærmere. Forfatterne understreker at samtykket har en sentral stilling. På bakgrunn av dette foreslår de at det i alle fall gjelder en plikt å forsøke å innhente samtykke før pol §§ 8 d) og 8 f), som forfatterne mener er de mest vage nødvendighetsgrunnene, blir benyttet.⁵²

Uttalelsene til Schartum og Bygrave reiser spørsmålet om en eventuell plikt til først å forsøke å innhente samtykke kun gjelder i forhold til de mest vage grunnlagene. En slik avgrensning kan begrunnes i at det er i forhold til de mest vage grunnlagene at hensynet til personopplysningsvernet og den enkeltes selvbestemmelsesrett klart taler for å stille opp en slik plikt. Disse hensynene er relevant å ta i betraktning, jf pol § 1. Oppfordringen i forarbeidene er imidlertid ikke begrenset til kun å gjelde i forhold til bruk av de vage grunnlagene. Videre har jeg ikke funnet holdepunkter i andre grunnlag for at en eventuell plikt kun gjelder i forhold til de vage grunnlagene. Avgrensningen avplikten fremstår på denne bakgrunnen som frirettslig og usikker.⁵³ Jeg finner derfor ikke grunnlag for å drøfte en mulig avgrensning nærmere og nøyer meg med å konstatere at Schartum og Bygraves uttalelser gir en viss støtte for å anse samtykke som utgangspunkt.

En plikt til å forsøke å innhente samtykke før de øvrige grunnlagene blir tatt i bruk innebærer videre en annen løsning på spørsmålet enn den som er lagt til grunn i dansk rett. Den danske personopplysningsloven tilsvarende den norske ved at de ulike grunnlagene fremstilles som likestilte ved bindeordet ”eller”, se den danske loven §§ 6 og 7.

Blume uttaler om rettsstillingen i dansk rett:

”Man møder tit den opfattelse, at samtykke er lovens hovedregel og dermed, at den dataansvarlige først skal undersøge, om der kan opnås et samtykke, inden andre behandlingsgrundlag, særlig i §§ 6-8 benyttes. Dette er en misforståelse. Samtykket

⁵²Schartum og Bygrave. 2004, s 135.

⁵³ Se i denne retning også Jørstad, Stefan. Arbeidsgivers adgang til å kontrollere og overvåke sine ansatte. Med særlig vekt på grunnkravene for behandling av personopplysninger i arbeidslivet. I: Complex nr 3 2004, s 59.

fungerer som en blant flere behandlingsbetingelser og er ikke overordnet de øvrige. Dette var en afgørende pointe under forhandlingerne om direktivets gennemførelse. Eftersom samtykke på mange måder er et tvivlsomt behandlingsgrundlag, er det ligeledes i en del situationer diskutabelt, om det er ønskelig at basere sig på dette grundlag. En dataansvarlig er under alle omstændigheder ikke forpligtet til at følge denne vej, hvis andre muligheder står åbne.”⁵⁴

Siden den danske loven, som personopplysningsloven, er basert på personverndirektivet, samt ordlyden i den danske loven tilsvarende den norske, synes Blumes uttalelser om situasjonen i danske rett å tale mot å stille opp en plikt til først å forsøke å innhente samtykke. Som det går frem av det siterte avsnittet begrunner imidlertid Blume sitt synspunkt i forhold knyttet til den danske gjennomføringen av direktivet. Den norske lovens forhistorie gir ikke slike holdepunkter. Tvert imot oppfordrer forarbeidene, som jeg har vist ovenfor, til å bruke samtykke i størst mulig grad. Dette svekker betydningen av dansk rett ved vurderingen av spørsmålet.

Gjennomgangen hittil viser at ordlyden i pol §§ 8 og 9, og særlig pol § 9 (1) c), taler mot at det gjelder en plikt. Det eneste jeg har funnet grunnlag for er, på bakgrunn av forarbeidene, å stille opp en oppfordring til å forsøke å innhente samtykke før de øvrige grunnlagene i pol §§ 8 og 9 blir benyttet som grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Særlige forhold som gjør seg gjeldende i arbeidsforhold kan tilsi at en plikt, ikke en gang en oppfordring, uansett ikke bør stilles opp i forhold til kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

De særlige forholdene har dels sammenheng med at samtykke har en annen stilling i arbeidsretten enn i personopplysningsretten. I arbeidsretten er fokuset rettet mot kollektive interesser fremfor individuelle. Dette kan tilsi at det verken kan gjelde en plikt eller stilles opp en oppfordring til først å forsøke å innhente samtykke i forhold til kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

⁵⁴ Se Blume, Peter: *Behandling af persondata – en kritisk kommentar*. København 2003, s 75.

Videre er det i typisk arbeidsforhold knyttet særlige utfordringer til oppfyllelse av frivillighetskravet som etter pol § 2 nr 7 stilles til et samtykke. (Se nærmere om dette i punktene 6.8.3.3 og 6.8.4.3.) Sett fra et personopplysningsrettslig perspektiv svekker dette verdien av å stille opp en plikt eller en oppfordring til å benytte samtykke som grunnlag. Utfordringene knyttet til bruk av samtykke i arbeidsforhold gjør seg imidlertid særlig gjeldende der samtykke blir gitt direkte av den enkelte arbeidstaker. Problemene med oppfyllelse av frivillighetskravet oppstår da fordi arbeidstakeren står i et underordnet forhold til sin arbeidsgiver. Underordningsforholdet gir grunn til å anta at arbeidstakeren vil føle et visst press i forhold til å samtykke når arbeidsgiveren ber ham om det. Arbeidstakeren kan for eksempel frykte at han ikke blir forfremmet eller ikke får høyere lønn, hvis han unnlater å samtykke.

Dette er et forhold som også Datatilsynet anerkjenner at setter samtykket i en særlig stilling:

”Samtykket har [...] en litt særlig stilling innen arbeidslivet fordi den ansatte eller jobbsøkeren ofte vil føle seg i en pressituasjon. Dette kan være fordi man føler at å ikke gi samtykke kan medføre at man ikke får ønsket en jobb, at man ikke får forfremmelse eller at man ikke får de oppgavene man mener man har krav på.”⁵⁵

Art 29-gruppen fremhever også disse særlige forholdene. Uttalelser fra gruppen taler mot å at det i arbeidsforhold kan gjelde en plikt eller en oppfordring til å forsøke å innhente samtykke før andre grunnlag blir tatt i bruk:

” Consent should be a fall back position if no other Article 7 criteria or Article 8 exception is applicable.

[...]

⁵⁵ Se ”Arbeidsliv – spørsmål og svar” under overskriften ”Kan arbeidsgiver true med negative konsekvenser dersom ikke arbeidstaker gir samtykke i ulike sammenhenger?” [online] Tilgang: http://www.datatilsynet.no/templates/article____407.aspx#27

The Article 29 working party takes the view that where as a necessary and unavoidable consequence of the employment relationship an employer has to process personal data it is misleading if it seeks to legitimise this processing through consent. Reliance on consent should be confined to cases where the worker has a genuine free choice and is subsequently able to withdraw the consent without to detriment. In other cases the worker should also clearly be provided with information (Article 10) and the Article 7 and Article 8 criteria should be sufficiently broad to legitimise the processing on grounds other than consent.”⁵⁶

Innvendingen knyttet til manglende frivillighet gjør seg imidlertid ikke gjeldene på samme måte i forhold til kollektive bestemmelser. Dette gjelder i alle fall om man åpner for kollektivt samtykke, slik at en eventuell plikt eller en oppfordring til bruk av samtykke er tilstrekkelig ivaretatt om man forsøker å innhente et kollektivt samtykke. (Se nærmere om adgangen til kollektivt samtykke i punktene 6.7, 6.8 og 6.9.) Som jeg har nevnt i punkt 1.1, vil et kollektivt samtykke foreligge der en arbeidstakerorganisasjon samtykker på vegne av arbeidstakerne. En arbeidstakerorganisasjon vil typisk være mer likeverdig med arbeidsgiversiden og dermed ikke være i den pressituasjon som jeg har beskrevet ovenfor. Dette tilsier at innvendingen basert på tvil knyttet til oppfyllelsen av frivillighetskravet ikke gjelder der samtykke blir benyttet som grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Det kan imidlertid tenkes vanskeligheter knyttet til oppfyllelsen av frivillighetskravet også ved bruk av kollektivt samtykke fordi man ikke heller i denne situasjonen har kontroll over at en fullmakt eller et samtykke faktisk blir avgitt frivillig. Hvis arbeidstakeren blir spurt om å gi organisasjonen en eksplisitt fullmakt kan arbeidstakeren oppleve et visst press, for eksempel fordi han frykter at organisasjonen vil nekte ham medlemskap i organisasjonen, dersom han ikke avgir fullmakt. Arbeidstakeren er imidlertid ikke underordnet organisasjonen på samme måte som han

⁵⁶ Art 29-gruppen Opinion 8/2001(WP 48) “On the processing of personal data in the employment context” [online] Tilgang: http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf

er underordnet sin arbeidsgiver. Generelt sett må derfor problemene knyttet til oppfyllelse av frivillighetskravet antas å være langt mindre ved bruk av kollektivt samtykke enn der samtykke blir avgitt direkte av den enkelte arbeidstaker til arbeidsgiveren.

På bakgrunn av dette synes det kun å være der samtykke blir avgitt direkte av den enkelte arbeidstaker at det kan være grunnlag for å fravike en plikt eller en oppfordring til først å forsøke å innhente samtykke. Dette er lite praktisk i forhold til problemstillingen i denne oppgaven.

På bakgrunn av dette har jeg kommet til at det ut fra personopplysningsloven ikke kan stille opp en plikt, kun en oppfordring, til å forsøke å innhente samtykke før andre grunnlag blir benyttet som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger.

I forhold til denne konklusjonen vil jeg påpeke at arbeidsrettslige regler kan gå lenger enn de personopplysningsrettslige reglene. Arbeidsrettslige regler kan tilsi at arbeidsgiver plikter å drøfte behandling av personopplysninger med de tillitsvalgte. Slik plikt kan følge av lov eller tariffavtale.

Et eksempel på plikt som kan føre til at de arbeidsrettslige reglene går lenger enn de personopplysningsrettslige reglene på dette punktet, finnes i forslaget til ny arbeidsmiljølov. Der foreslås en drøftelsesplikt lovfestet. Plikten skal gjelde i forhold til endringer av kontrolltiltak i virksomheten. Det heter i forslaget § 9-1 (1):

”Arbeidsgiver plikter så tidlig som mulig å drøfte behov, utforming, gjennomføring og vesentlig endring av kontrolltiltak i virksomheten med arbeidstakernes tillitsvalgte”.⁵⁷

Slike drøftelser kan tenkes å ta opp spørsmålet om for eksempel registrering av resultatene fra kontrolltiltakene. Dette er et spørsmål om behandling av personopplysninger. De arbeidsrettslige reglene kan da gi arbeidsgiver en plikt til å ta

⁵⁷ Se forslaget til ny lov i Ot prp nr 49 (2004-2005).

opp behandlingen av personopplysninger med de tillitsvalgte. Ved at de tillitsvalgte må ta stilling til behandlingen vil en samtykkesituasjon oppstå. Der personopplysningsretten kun stiller opp en oppfordring til å forsøke å innhente samtykke, vil arbeidsretten tvinge frem en samtykkesituasjon. Dermed går de arbeidsrettslige reglene lenger enn personopplysningsretten.

Jeg nevner videre at behandling av personopplysninger også kan ha en side mot arbeidsmiljøet. I slike tilfeller kan andre instanser bli koblet inn, for eksempel arbeidsmiljøutvalget og verneombud. Også da kan samtykkesituasjoner oppstå. Dette viser at de arbeidsrettslige reglene kan gå lenger enn personopplysningsretten i forhold til å presse frem en samtykkesituasjon.

6.7 Kollektivt samtykke

6.7.1 Generelt om kollektivt samtykke

Etter at jeg nå har drøftet samtykkets stilling i forhold de øvrige grunnlagene i pol §§ 8 og 9, vil jeg gå over til å drøfte hvilken adgang det er til å gi kollektivt samtykke. Med kollektivt samtykke sikter jeg til et samtykke til behandling av personopplysninger avgitt av en arbeidstakerorganisasjon på vegne av arbeidstakerne, som nevnt i punkt 1.1.

I norsk rett er spørsmålet om adgangen til å bruke kollektivt samtykke behandlet kun i begrenset grad. Det er betegnende når Arbeidslivslovsutvalget berører spørsmålet i sin innstilling og slår fast at dette er ”et uavklart spørsmål i norsk rett”.⁵⁸

Som jeg har vist i punkt 4.2.3 har arbeidstakerorganisasjonene sett fra et arbeidsrettslig perspektiv vid fullmakt til å opptre på vegne av sine medlemmer, også i spørsmål som gjelder behandling av personopplysninger. Jeg vil i det følgende forutsette at arbeidstakerorganisasjonene opptrer innenfor rammene av sin arbeidsrettslige fullmakt.

Kollektivt samtykke er uproblematisk sett fra et rent arbeidsrettslig synspunkt.⁵⁹

Spørsmålet jeg vil drøfte i det følgende er hvilke begrensninger personopplysningsloven

⁵⁸ Se NOU 2004 nr 5 Kapittel 17 Kontroll og overvåking i arbeidslivet, 17.5.4.4 Særlige spørsmål som personopplysningsloven reiser i arbeidsforhold, 12. ledd.

setter for at arbeidstakerorganisasjonene kan avgi samtykke til behandling av personopplysninger på vegne av sine medlemmer. Jeg vil drøfte adgangen til å avgi kollektivet samtykke på vegne av medlemmer i punkt 6.8.

I forhold til kollektivt samtykke er det videre et spørsmål om det er mulig å avgi kollektivt samtykke på vegne av eller med virkning for uorganiserte arbeidstakere. Med uorganiserte arbeidstakere mener jeg arbeidstakere som enten ikke er medlem av noen arbeidstakerorganisasjon eller som er medlem av andre arbeidstakerorganisasjoner enn den som avgir samtykket. Dette vil jeg drøfte i punkt 6.9.

Før jeg drøfter adgangen til å avgi kollektivt samtykke, vil jeg i punkt 6.7.2 vise noen eksempler på kollektive samtykker.

6.7.2 Eksempler på kollektive samtykker

I dette punktet vil jeg gi noen eksempler på kollektive samtykker. Eksemplene er hentet fra eksisterende kollektive avtaler og består dels av bestemmelser som direkte fastsetter at arbeidsgiver skal ha adgang til å behandle personopplysninger og dermed utgjør samtykke til behandling av personopplysninger. Videre finnes det blant eksemplene bestemmelser som forutsetter at arbeidsgiver skal kunne behandle personopplysninger og på den måten indirekte innebærer et kollektivt samtykke til behandling av personopplysninger. I tillegg finnes det bestemmelser som kan sees som indirekte kollektive samtykker fordi de forutsetter at nærmere regulering av behandling av personopplysninger skal skje lokalt. Ved den lokale reguleringen vil det typisk oppstå en samtykkesituasjon.

I forhold til den sistnevnte kategorien av kollektive samtykker, vil jeg minne om at de kollektive samtykkene som blir gitt lokalt, ofte ikke vil foreligge skriftlig i avtaledokumenter, jf også redegjørelsen for bruken av ”kollektive avtaler” i punkt 1.2. Hvis en kollektiv avtale for eksempel fastsetter at arbeidsgiver skal drøfte innføring av kontrolltiltak som medfører behandling av personopplysninger med de tillitsvalgte, blir

⁵⁹ Se i samme retning NOU 2004 nr 5 Kapittel 17 Kontroll og overvåking i arbeidslivet, punkt 17.5.2.1 Grunnlaget for arbeidsgivers adgang til kontrolltiltak.

typisk ingen skriftlig avtale inngått. I stedet innkaller arbeidsgiver de tillitsvalgte til drøfting. Under møtet utveksler partene synspunkter. Et kollektivt samtykke kan da bli gitt ved at de tillitsvalgte på møtet sier at de ser at tiltaket er nødvendig og derfor ikke har innvendinger mot det. Eventuelt kan et kollektivt samtykke bli gitt ved at arbeidsgiver fremlegger et forslag om tiltaket og de tillitsvalgte slutter seg til dette. På tross av at et kollektivt samtykke ofte vil bli gitt slik, vil jeg i min videre drøfting av adgangen til å avgi kollektivt samtykke i all hovedsak holde meg til eksemplene hentet fra eksisterende skriftlige kollektive avtaler. Dette skyldes at disse avtalene naturligvis er lettere tilgjengelig. Prinsippene og kravene som jeg gjør rede for vil imidlertid være de samme også for den type kollektive samtykker som jeg akkurat har skissert.

Jeg vil starte med et par kollektive bestemmelser som legger opp til bruk av kollektivt samtykke og på den måten kan sees som indirekte kollektive samtykker. For det første gjelder dette Hovedavtalen mellom FA og Finansforbundet § 7 nr 4. Bestemmelsen legger opp til at arbeidsgiver skal ha adgang til å foreta individuelle målinger av sine ansatte og at dette skal reguleres nærmere lokalt. Ved individuelle målinger behandler arbeidsgiver personopplysninger. Når Finansforbundet har gått med på bestemmelsen, har de også indirekte gitt et samtykket til at arbeidsgiver skal kunne behandle personopplysninger på vegne av arbeidstakerne. Et mer direkte samtykke til behandlingen vil eventuelt bli gitt lokalt.

En tilsvarende bestemmelse finnes i tilleggsavtale III i Hovedavtalen mellom HSH og LO.⁶⁰ Etter ordlyden krever bestemmelsen enighet mellom partene i den enkelte bedrift for at arbeidsgiver skal kunne foreta arbeidsstudier og koble dette opp mot arbeidstakernes lønn, jf punkt I i tilleggsavtale III. Med dette legger bestemmelsen opp til kollektivt samtykke til behandling av personopplysninger. Når fagforeningsrepresentantene ved den enkelte bedrift inngår avtale med arbeidsgiver på vegne av arbeidstakerne om bruk av arbeidsstudier, oppstår en samtykkesituasjon. Et kollektivt samtykke vil foreligge når de tillitsvalgte lokalt eventuelt går med på ordningen med arbeidsstudier.

⁶⁰ Hovedavtalen mellom HSH og LO 2002-2005.

Også Hovedavtalen mellom NHO og LO inneholder tilsvarende bestemmelser for arbeidsstudier i tilleggssavtale VI, punkt I, samt for systematisk arbeidsvurdering i tilleggssavtale VII.⁶¹

Videre vil jeg trekke frem Standardoverenskomsten mellom NHO og LO § 17. Bestemmelsen gjelder likestilling og pålegger arbeidsgiver plikter i forhold til å sikre likestilling. For å kunne overholde forpliktelsene i forhold til likestilling, vil arbeidsgiver typisk måtte behandle personopplysninger, så som opplysninger om kjønn og lønn. På denne bakgrunn kan LO ved denne bestemmelsen ansees for å ha samtykket på vegne av arbeidstakerne til at arbeidsgiver kan behandle personopplysninger i nødvendig grad til at likestillingen skal bli ivaretatt. Dette er et indirekte kollektivt samtykke fordi behandling av personopplysninger er en forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne overholde bestemmelsen.

Et mer direkte eksempel på bruk av kollektivt samtykke gir bestemmelsene om utlevering av lønnsopplysninger i Standardoverenskomsten mellom NHO og LO punkt 10.2. Ved bestemmelsene kan LO ansees å ha samtykket til behandling av personopplysninger, i form av utlevering av lønnsopplysninger, på vegne av de ansatte. Dermed foreligger et kollektivt samtykke.

Jeg minner om at i forhold til kollektive samtykker oppstår spørsmål om disse kan ha virkninger for uorganiserte arbeidstakere. Dette vil jeg drøfte separat i punkt 6.9.

⁶¹ Hovedavtalen mellom NHO og LO 2002-2005.

6.8 Adgangen til å avgi kollektivt samtykke på vegne av organiserte arbeidstakere

6.8.1 Tidligere hjemmel og pol § 2 nr 7

Før personopplysningsloven ble vedtatt ga forskrift 21.12.1979 nr 22, gitt i medhold av personregisterloven kapittel 2 om unntak fra konsesjonsplikten § 9 (2), hjemmel for kollektivt samtykke. Forskriften slo i § 2-12 (2) fast:

”Andre opplysninger kan registreres dersom det er pålagt i lov eller gjennom avtale mellom partene i arbeidslivet”.

En tilsvarende bestemmelse er ikke videreført med personopplysningsloven. På bakgrunn av kravene til samtykke i pol § 2 nr 7 er det uklart om det fremdeles er adgang til å gi kollektivt samtykke. Som det går frem av punkt 6.5.2 fastsetter pol § 2 nr 7 at et samtykke er ”en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av personopplysninger om seg selv”. Spørsmålet er om et kollektivt samtykke kan oppfylle disse kravene.

6.8.2 Adgang til bruk av fullmakt

Det første spørsmålet som oppstår på bakgrunn av kravene i pol § 2 nr 7 er om formuleringen ”erklæring fra den registrerte” er til hinder for bruk samtykke basert på fullmakt.

Etter en naturlig språklig forståelse innebærer formuleringen ”fra den registrerte” et krav om at den enkelte registrerte selv må avgi samtykke. En antitetisk tolkning av dette tilsier at samtykke ikke kan gis av andre enn den registrerte selv. Dette taler mot at det er adgang til å avgi kollektivt samtykke etter personopplysningsloven.

Jeg vil nevne at formuleringen ”erklæring fra den registrerte” implementerer formuleringen ”viljesytring om at den registrerte gir sitt samtykke” i definisjonen av samtykke i direktivet art 2 litra h. Også en naturlig språklig forståelse av formuleringen i direktivet innebærer et krav om at den enkelte registrerte selv må avgi samtykket.

Uttalelser i forarbeidene gir imidlertid grunnlag for å problematisere et slikt krav. Forarbeidene åpner nemlig for at bruk av fullmektig kan være i samsvar med lovens krav. I NOU-en heter det:

”Endelig må samtykket være individuelt (jf uttrykket ”den registrerte”), dvs at den enkelte registrerte selv (eller ved en fullmektig) må ha avgitt erklæringen”.⁶²

Dette er fulgt opp i Odelstingsproposisjonen:

”Samtykket må i utgangspunktet gis av den registrerte selv. Det er imidlertid ingenting i veien for at samtykket gis av en som har fullmakt av den registrerte til å gjøre dette”.⁶³

Uttalelsene i forarbeidene viser at det er lovgivers mening at formuleringen ”fra den registrerte” i utgangspunktet stiller krav om at den enkelte selv skal avgi samtykke. I uttalelsene åpner imidlertid lovgiver for at uttrykket kan omfatte bruk av fullmektig. Dette taler mot å anse formuleringen ”fra den registrerte” i pol § 2 nr 7 som et hinder for kollektivt samtykke basert på fullmakt.

Verken norske domstoler eller EF-domstolen har tatt stilling til bruk av kollektivt samtykke i forhold til henholdsvis personopplysningsloven og personverndirektivet.

EF-domstolen har imidlertid avsagt en avgjørelse, sak C-303/98, etter direktiv 93/104/EF om tilretteleggelse av arbeidstid som kan være et argument mot at det er adgang til bruk av kollektivt samtykke basert på fullmakt etter personopplysningsloven/personverndirektivet.⁶⁴ På bakgrunn av denne avgjørelsen mener Ruth Nielsen at kollektivt samtykke ikke er i samsvar med personverndirektivet. Nielsen skriver på bakgrunn av avgjørelsen om adgangen til å avgi kollektivt samtykke i stedet for individuelt etter den danske personopplysningsloven og personverndirektivet:

⁶² NOU 1997 nr 19. Kap 21 Merknader til de enkelte bestemmelsene, Til § 2 nr 7 ”samtykke”, 3. avsnitt.

⁶³ Ot prp 92 (1998-99) Kapittel I Lovens formål og virkeområde, Til § 2 Definisjoner, 23. ledd.

⁶⁴ Parlaments- og rådsdirektiv 93/104/EF om tilretteleggelse av arbeidstid.

”Kollektivt samtykke, fx ved kollektiv overenskomst kan ikke træde i stedet herfor”.⁶⁵

Nielsen trekker sin konklusjon uten å problematisere sin vektlegging av avgjørelsen. Jeg vil i det følgende kort gjøre rede for avgjørelsen. Deretter vil jeg vurdere om avgjørelsen kan tillegges særlig vekt i forhold til personopplysningsloven/personverndirektivet.

Partene i sak C-303/98 var Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) og Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana. Simap er en fagforening for offentlig ansatte leger i Valencia. Fagforeningen hadde anlagt sak mot Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, helsemyndighetene i området, i forbindelse med en kollektiv arbeidskonflikt som gjaldt legepersonell i Valencia. Konflikten aktualiserte blant annet spørsmålet om det er adgang til å avgi kollektivt samtykke etter direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid. Spørsmålet ble brakt inn til EF-domstolen.

Direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid fastsetter i art 18 (1) b) nr i) (1) at en arbeidsuke maksimalt kan være 48 timer, med mindre arbeidsgiveren har fått ”arbeidstakerens samtykke”. Etter en naturlig språklig forståelse tilsier begrepet at det er arbeidstakeren selv som må avgi samtykke. Slik tolket også EF-domstolen uttrykket da den kom til at formuleringen var til hinder for bruk av kollektivt samtykke.

Jeg vil nå vurdere nærmere om avgjørelsen skal legges til grunn ved drøftelsen av spørsmålet om det er adgang til å avgi kollektivt samtykke etter personverndirektivet og personopplysningsloven.

I utgangspunktet tilsvarer ordlyden i formuleringen ”arbeidstakerens samtykke” i direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid definisjonen av ”den registrertes samtykke” i personverndirektivet art 2 litra h og formuleringen ”fra den registrerte” i pol § 2 nr 7. Felles for ordlyden både i direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid og personverndirektivet/personopplysningsloven er at den taler for å stille opp et krav om

⁶⁵ Nielsen, Ruth. Persondata og arbeidsgiverens ledelsesret. I: Juridisk Instituts Julebog 2000, s 275.

at samtykke må gis individuelt. Når Domstolen i sak C-303/98 kom til at ordlyden var til hinder for bruk av kollektivt samtykke, taler dette derfor for også å tolke ordlyden i personverndirektivet/personopplysningsloven som et hinder for bruk av kollektive samtykke basert på fullmakt.

En rekke usikkerhetsmomenter er imidlertid knyttet til det å trekke slutning fra Domstolens konklusjon etter et direktiv til et annet direktiv. Jeg vil i det følgende vise et par momenter som illustrerer dette i forhold til sak C-303/98.

I sak C-303/98 pekte Domstolen som et støtteargument på en bestemmelse i direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid som regner opp hvilke av direktivets bestemmelser som kan fravikes ved kollektive avtaler, art 17 (3). Domstolen tolket art 17 (3) slik at den uttømmende nevner hvilke bestemmelser som kan fravikes ved kollektiv avtale. Art 17 (3) nevner ikke art 18 (1) b) nr i). På bakgrunn av dette kom Domstolen til at bestemmelsen innebærer at art 18 (1) b) nr i) ikke kan fravikes ved kollektiv avtale.

Selv om Domstolen kun brukte eksistensen av art 17 (3) som et støtteargument ved siden av ordlyden, er Domstolens bruk av art 17 (3) av betydning ved vurderingen av om det er grunnlag for å slutte fra Domstolens konklusjon etter direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid til personverndirektivet/personopplysningsloven. Personverndirektivet inneholder ikke noen bestemmelse som tilsvarer art 17 (3) i direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid. Det er vanskelig å fastslå hvilken betydning, om noen, art 17 (3) hadde for Domstolens konklusjon. Dette gjør det uklart hvilken betydning det har for konklusjonen at personverndirektivet/personopplysningsloven ikke inneholder en tilsvarende bestemmelse. Forskjellen illustrerer usikkerheten knyttet til å trekke slutning fra Domstolens konklusjon etter direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid til personverndirektivet/personopplysningsloven.

Videre er uklart hvilke hensyn Domstolen la vekt på da den konkluderte med at kollektivt samtykke er i strid med direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid. Det går ikke frem av domspremissene om Domstolen har ment at særlige hensyn gjør seg gjeldende i forhold til spørsmålet om kollektivt samtykke etter direktivet om

tilretteleggelse av arbeidstid. Dersom Domstolen mente at særlige hensyn gjør seg gjeldende, er det ikke sikkert at Domstolen ville ha kommet til samme konklusjon på spørsmålet om kollektivt samtykke etter personverndirektivet. Det er imidlertid ingen holdepunkter i avgjørelsen verken for at Domstolen har lagt vekt på eller ikke har lagt vekt på særlige hensyn. Momentet har derfor begrenset betydning ved vurderingen av om det er holdbart å slutte fra Domstolens konklusjon på spørsmålet om kollektivt samtykke etter direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid til personverndirektivet og personopplysningsloven. Det viser likevel at det er usikkerhet knyttet til å trekke en slik slutning.

Usikkerhetsmomentene som gjør seg gjeldende i forhold til å slutte fra Domstolens konklusjon etter direktivet om tilretteleggelse av arbeidstid til personverndirektivet/personopplysningsloven, gjør at jeg mener det ikke er grunnlag for å sette til side forarbeidenes uttalelser som eksplisitt åpner for bruk av fullmakt.

Etter dette har jeg ikke funnet holdepunkter i EF-rettslige kilder for å hevde at kollektivt samtykke ikke er i samsvar med personverndirektivet og derigjennom personopplysningsloven. Det er da nødvendig å gå til andre kilder for å vurdere adgangen til bruk av kollektivt samtykke basert på fullmakt etter personopplysningsloven.

Datatilsynet har avgitt uttalelser som taler i motsatt retning av uttalelsene i forarbeidene. Datatilsynet har blant annet uttalt:

”Datatilsynet gjør oppmerksom på at et kollektivt samtykke, i forhold til behandling av personopplysninger, ikke kan tre i stedet for samtykke fra den enkelte jf. personopplysningsloven § 2 nr. 7”.⁶⁶

⁶⁶ Ot prp nr 11 (2003-2004) Kapittel 4 Flytting av kollektive pensjonsordninger, 4.3.3 Høringsinstansenes merknader, 12. ledd.

Disse uttalelsene fra Datatilsynet taler mot å åpne for kollektivt samtykke basert på fullmakt. Som nevnt i punkt 5.5.1, har Datatilsynets synspunkter en viss, men begrenset vekt. Datatilsynets uttalelser taler derfor med en viss styrke mot å åpne for kollektivt samtykke basert på fullmakt.

Datatilsynet har imidlertid tidligere avgitt uttalelser som trekker i motsatt retning. I forbindelse med sin vurdering av kollektive bestemmelser som pålegger arbeidsgiver plikt til å utlevere lønnsopplysninger til tillitsvalgte uttalte Datatilsynet:

”Den som er fagorganisert, må kunne sies å samtykke til utlevering av lønnsopplysninger via sitt medlemskap”.⁶⁷

Denne uttalelsen kan tolkes som en åpning for at det kan forekomme tilfeller der det er i overensstemmelse med personopplysningsloven at en arbeidstakerorganisasjon avgir kollektivt samtykke på bakgrunn av fullmakt fra medlemmer.

Jeg nevner at jeg ved henvendelse til det danske og det svenske Datatilsynet har fått vite at disse organene åpner for bruk av fullmakt og kollektivt samtykke. Oppfatningen til Datatilsynet både i Danmark og i Sverige støtter en tolkning som åpner for kollektivt samtykke basert på fullmakt.

Det finnes videre en dansk lov som lovfester adgang til å avgi kollektivt samtykke til behandling av personopplysninger. Den danske loven om helseopplysninger på arbeidsmarkedet tillater kollektivt samtykke på visse nærmere angitte vilkår, se § 5 nr 2.⁶⁸ Dette viser at de danske lovgiverne er av den oppfatning at personverndirektivet

⁶⁷ Se Datatilsynets notat ”Ikke innsyn i lønn uten samtykke” av 05.03.02. [online]. Tilgang: www.datatilsynet.no/dtweb/attachment/334/loenn_innsyn.html. Uttalelsene ble gitt i forbindelse med sin første behandling av bestemmelsen om utlevering av lønnsopplysninger. Som nevnt i punkt 3 har Datatilsynet senere snudd i saken. Datatilsynet har imidlertid ikke gitt uttrykk for et endret synspunkt på punktet som sitatet gjelder. For Datatilsynets nåværende syn, se ”Lønnsopplysninger” [online]. Tilgang: www.datatilsynet.no/templates/article____913.aspx

⁶⁸ Lov 1996-04-24 nr 286, lov om bruk av helbredsopplysninger mv på arbeidsmarkedet.

ikke er til hinder for bruk av kollektivt samtykke. De danske lovgiveres oppfatning er et moment som støtter konklusjonen som åpner for bruk av fullmakt.⁶⁹

Videre vil jeg påpeke at en tolkning som åpner for bruk av fullmakt er lagt til grunn i dansk teori. Blume påpeker at den danske personopplysningsloven ikke er til hinder for at den registrerte ansees å ha kompetanse til å gi fullmakt.⁷⁰ Dette støtter oppfatningen av at uttrykket ”fra den registrerte” i pol § 2 nr 7 ikke er til hinder for bruk av fullmakt.

En tolkning av begrepet ”den registrerte” som åpner for fullmakt til å avgi kollektivt har videre støtte i arbeidsrettslige kilder. Slik jeg har beskrevet i punkt 4.2.3, bygger systemet i den kollektive arbeidsretten på at arbeidstakerorganisasjonene i vid utstrekning har fullmakt til å opptre på vegne av sine medlemmer, også i forhold til spørsmål som gjelder arbeidsgivers behandling av personopplysninger.

Samlet sett mener jeg etter dette at formuleringen ”den registrerte” i pol § 2 nr 7 ikke er til hinder for bruk av kollektiv samtykke basert på fullmakt.

Tolkningen som åpner for bruk av fullmakt til å avgi kollektivt samtykke kan likevel ikke legges til grunn, dersom personopplysningsvernshensyn ikke i tilstrekkelig grad blir ivare tatt ved bruk av fullmakt, jf pol § 1. Det er avgjørende for å sikre ivaretagelsen av personopplysningsvernet er imidlertid at de øvrige kravene i pol § 2 nr 7 er oppfylt, det vil si at samtykket er frivillig, uttrykkelig og informert. Så lenge disse kravene er oppfylt, vil kollektivt samtykke basert på fullmakt ikke svekke mulighetene for ivaretagelse av et tilstrekkelig personopplysningsvern. Pol § 1 er derfor ikke til hinder for en tolkning som åpner for samtykke avgitt ved hjelp av fullmakt.

Etter dette er jeg kommet til at formuleringen ”fra den registrerte” skal tolkes slik at den åpner for bruk av kollektivt samtykke basert på fullmakt.

⁶⁹ Se i samme retning Søreide Lauridsen, Grete og Fevang, Therese. Arbeidsgivers adgang og mulighet til å behandle personopplysninger om arbeidstaker. I: *Arbeidsrett*, vol I nr 4 2004, s 263.

⁷⁰ Se Blume. 2003, s 73

6.8.3 Krav til utformingen av fullmakter

6.8.3.1 Generelt

Når jeg nå har klarlagt at uttrykket ”fra den registrerte” ikke er til hinder for kollektivt samtykke, oppstår spørsmålet om hvilke krav som stilles til en fullmakt og hvordan en fullmakt må avgis og utformes for å tilfredsstille disse kravene.

Fordi pol § 2 nr 7 etter sin ordlyd ikke åpner for fullmakt, stiller bestemmelsen ikke direkte opp krav til utformingen av fullmakter. Dette gjelder tilsvarende for direktivet art 2 litra h. Det følger imidlertid av pol § 2 nr 7 at et samtykke må være ”frivillig, uttrykkelig og informert”. Tilsvarende følger det av direktivet art 2 litra h at et samtykke må være ”frivillig, spesifik[t] og informert”. Disse kravene gjelder i forhold til samtykke også i de tilfellene der samtykket blir avgitt ved fullmakt. Hensynet til at kravene skal bli reelt ivaretatt, tilsier at kravene i tillegg må stilles til en fullmakt der et samtykke er basert på fullmakt. Dette har støtte i uttalelser i forarbeidene. I forarbeidene er det lagt til grunn at innmeldingen i en organisasjon kan gi organisasjonen fullmakt til å samtykke til behandling av personopplysninger. Det poengteres i NOU-en at også innmeldingen, det vil si fullmakten, må tilfredsstille kravene i pol § 2 nr 7:

”Et ”kollektivt” samtykke, f.eks slik at en organisasjon samtykker på vegne av alle medlemmene, vil i utgangspunktet ikke tilfredsstille kravet med mindre omstendighetene rundt innmeldingen i organisasjonen gjør at innmeldingen i seg selv tilfredsstiller kravet til samtykke (dvs slik at det tydelig fremgår at innmelding medfører behandling av personopplysninger, og innmeldingserklæringen er informert)”.⁷¹

Ved kollektivt samtykke kreves etter dette både at fullmakten oppfyller kravene og at selve det kollektive samtykket fyller kravene.⁷²

I det følgende vil jeg drøfte hvordan en fullmakt må utformes for å oppfylle kravene i pol § 2 nr 7.

⁷¹ Se NOU 1997 nr 19. Kapittel 21 Merknader til de enkelte bestemmelsene, Til § 2 nr 7 ”samtykke”, 3. avsnitt.

⁷² Se i samme retning Jørstad, 2004, s 41.

Kravene i pol § 2 nr 7 er innholdsmessig de samme som kravene i direktivet art 2 litra h. Dette gjelder med unntak av at kravet til uttrykkelig samtykke i personopplysningsloven ikke fullt ut tilsvarer kravet om spesifikt samtykke i direktivet. Jeg vil komme tilbake til i drøftelsen nedenfor.

Før jeg drøfter hvordan fullmakter må utformes for å oppfylle kravene, vil jeg nevne at uttalelser i Odelstingsproposisjonen tyder på det kan være vanskelig å oppfylle kravene i pol § 2 nr 7 ved bruk av kollektivt samtykke. Det heter at et kollektivt samtykke kun ”unntaksvis” vil oppfylle kravene.⁷³ Denne oppfatningen kommer også til uttrykk i de siterte uttalelsene i NOU-en om at et kollektivt samtykke ”i utgangspunktet ikke [vil] tilfredsstille kravet med mindre omstendighetene rundt innmeldingen i organisasjonen gjør at innmeldingen i seg selv tilfredsstiller kravet til samtykke [...]”.⁷⁴

Disse uttalelsene i forarbeidene har ledet til en diskusjon om et samtykke som oppfyller kravene i pol § 2 nr 7 kan ansees som kollektivt eller i realiteten er et individuelt samtykke. Kaspersen, Wiik Johansen og Bergseng Skullerud synes å mene at et kollektivt samtykke etter sin art ikke kan oppfylle kravene i pol § 2 nr 7. Deres oppfatning synes å være at et samtykke som oppfyller kravene ikke har karakter av å være kollektivt. Forfatterne innvender mot uttalelsene i NOU-en: ”Poenget er at en slik innmelding ikke er kollektiv; den er individuell”.⁷⁵

Jeg er uenig i et slikt syn. I uttalelsene i forarbeidene legger lovgiver til grunn at en innmelding i en organisasjon kan være en fullmakt. Som jeg har vist ovenfor, må også en fullmakt oppfylle kravene til samtykke i pol § 2 nr 7. Etter min oppfatning er det dette lovgiver konstaterer i uttalelsene. Oppfyllelse av kravene i pol § 2 nr 7 fjerner ikke det kollektive aspektet. Det er først når fullmakten blir benyttet av arbeidstakerorganisasjonen at et samtykke til behandling av personopplysninger faktisk blir gitt. Når arbeidstakerorganisasjonen avgir samtykke basert på fullmakt fra sine medlemmer, har samtykket karakter av å være kollektivt. På bakgrunn av dette finner

⁷³ Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel I Lovens formål og virkeområde, Til § 2 Definisjoner, 23. avsnitt.

⁷⁴ NOU 1997 nr 19. Kapittel 21 Merknader til de enkelte bestemmelsene, Til § 2 nr 7, 3. avsnitt.

⁷⁵ Se Kaspersen, Wiik Johansen og Bergseng Skullerud. 2001, s 76.

jeg det riktig og hensiktsmessig å bruke betegnelsen kollektivt samtykke. Begrepet kollektivt samtykke er i tillegg innarbeidet som begrep, noe som går frem av de siterte lovforarbeidene. Jeg velger derfor å benytte begrepet.

Den videre behandlingen av fullmakter vil jeg starte med å minne om at det ikke gjelder noen formkrav til samtykke etter pol § 2 nr 7, som nevnt i punkt 6.5.2. Følgelig stilles heller ingen formkrav til fullmakter. Dermed kan fullmakter tenkes å oppfylle kravene i personopplysningsloven, enten de er avgitt skriftlig eller muntlig. En annen sak er at den behandlingsansvarlige har bevisbyrden for at kravene i pol § 2 nr 7 er oppfylt.⁷⁶ Det kan derfor være en fordel blant annet for å kunne dokumentere at en fullmakt faktisk er gitt, at den er utformet skriftlig. Dette er imidlertid ikke noe krav.

Felles for kravene i pol § 2 nr 7 er at hensynet til personopplysningsvernet tilsier at de skal tolkes strengere ved samtykker og fullmakter som åpner for behandling av personopplysninger som i stor grad er integritetstruende, enn ved samtykker og fullmakter som kun åpner for behandling som i mindre grad er integritetstruende.⁷⁷ Med integritetstruende behandling mener jeg behandling som potensielt utgjør en trussel for personopplysningsvernet. Personopplysningsvernet kan være truet i ulik grad avhengig av hva slags form for behandling samtykket eller fullmakten åpner opp for. For eksempel vil utlevering av personopplysninger typisk være en større trussel for personopplysningsvernet enn lagring. Videre kan personopplysningsvernet være truet i ulik grad avhengig av hvilke typer personopplysninger som samtykket eller fullmakten åpner for behandling av. For eksempel vil behandling av sensitive personopplysninger i henhold til pol § 2 nr 8 typisk være mer integritetstruende enn behandling av ikke-sensitive personopplysninger. Også ulike typer av henholdsvis sensitive og ikke-sensitive personopplysninger kan oppleves å ha ulik grad av sensitivitet i et samfunn. For eksempel kan lønnsopplysninger oppleves som mer sensitive enn andre typer ikke-sensitive personopplysninger. Hensynet til personopplysningsvernet tilsier at kravene skal tilpasses dette.

⁷⁶ Ot prp 92 (1998-99) Kapittel I Lovens formål og virkeområde, Til § 2 Definisjoner, 24. ledd.

⁷⁷ Se i denne retning NOU 2004 nr 5 Kapittel 17, 17.5.4.3 Vilkårene for å behandle personopplysninger, 2. avsnitt.

6.8.3.2 Uttrykkelighetskravet

Blant vilkårene i pol § 2 nr 7 er et krav om uttrykkelighet. Kravet medfører at en fullmakt må være ”uttrykkelig” for å oppfylle kravene i pol § 2 nr 7.

Begrepet ”uttrykkelig” har et noe uklart innhold. I noen tilfeller er det språklig sett naturlig å tolke uttrykket som motsetningen til stilltiende. Tolket på denne måten innebærer uttrykket et krav om at fullmakten må være gitt eksplisitt, ikke underforstått eller innfortolket. En slik tolkning av kravet medfører at for eksempel en innmelding i en arbeidstakerorganisasjon i seg selv ikke kan oppfylle kravet. Dette gjelder med mindre innmeldingen det i forbindelse med innmeldingen blir gitt en eksplisitt fullmaktserklæring. I forhold til denne tolkningen av uttrykkelighetskravet vil jeg påpeke at det ikke ligger i dette at en fullmakt må avgis skriftlig. En fullmakt kan avgis eksplisitt også muntlig. Dette er i overensstemmelse med at det ikke gjelder noen formkrav til fullmakter.

Andre ganger brukes uttrykkelighetsbegrepet for å betegne et krav om klarhet. Dersom denne tolkningen legges til grunn, kan også en underforstått fullmakt oppfylle kravet, forutsatt at det etter omstendighetene er klart hva fullmakten omfatter. En slik tolkning vil være ønskelig sett fra et arbeidsrettslig perspektiv fordi en fullmakt fra arbeidstakeren til arbeidstakerorganisasjonen typisk vil bli gitt underforstått i kraft av at arbeidstakeren melder seg inn i organisasjonen, jf punkt 4.2.3.

Lovteksten gir ikke holdepunkter for hvilken forståelse av ”uttrykkelig” som skal legges til grunn etter pol § 2 nr 7. Det er derfor nødvendig å gå til kilder utenfor lovteksten for å fastslå kravets innhold.

Overført til fullmakter taler uttalelser i NOU-en for å tolke ”uttrykkelig” som et hinder for bruk av implisitt fullmakt:

”For det første må erklæringen være ”uttrykkelig”. Det holder ikke med et passivt eller stilltiende samtykke, og heller ikke samtykke gjennom såkalt konkludent atferd er tilstrekkelig”.⁷⁸

Uttalelser i senere forarbeider taler på den annen side for å tolke ”uttrykkelig” som et krav om klarhet. Det heter i Odelstingsproposisjonen om kravet til uttrykkelighet:

”Det må imidlertid klart og utvetydig fremgå at det samtykkes, hvilke behandlinger samtykket omfatter og hvilke behandlingsansvarlige det er rettet til, jf kravet til at samtykket skal være ”uttrykkelig” ”.⁷⁹

Uttalelsene i Odelstingsproposisjonen taler for å anse det avgjørende for å være at det klart går frem at det foreligger et samtykke og hvilket omfang samtykket har. Overført til fullmakter tilsier dette at kravet om uttrykkelighet er oppfylt, så lenge det klart går frem at det foreligger en fullmakt og hva fullmakten omfatter, uavhengig om fullmakten er gitt eksplisitt eller implisitt. Dette kan tale for å legge til grunn en tolkning av uttrykkelighetskravet som åpner for bruk av implisitt fullmakt.

Det er imidlertid ingen holdepunkter i Odelstingsproposisjonen for at uttalelsene der er ment å fravike uttalelsene i NOU-en. Dette tilsier varsomhet i forhold til å tolke uttrykkelighetskravet slik at det åpner for bruk av implisitt fullmakt. Uttalelsene i Odelstingsproposisjonen kan imidlertid tyde på at det i uttrykkelighetskravet ikke ligger et absolutt krav om at en fullmakt må gis eksplisitt. Odelstingsproposisjonen synes å åpne for en tolkning av uttrykkelighetskravet som tilsier at kravet kan tenkes å være oppfylt selv om fullmakten ikke foreligger eksplisitt. Denne åpningen forutsetter imidlertid både at det er klart at det foreligger en fullmakt/et samtykke, samt hvilket omfang fullmakten/samtykket har.

For å vurdere om en slik tolkning av uttrykkelighetskravet er holdbar, vil jeg se på det øvrige rettskildebildet på området.

⁷⁸ NOU 1997 nr 19 Kapittel 21 Merknader til de enkelte bestemmelsene, Til § 2 nr 7 ”samtykke”, 2. avsnitt.

⁷⁹ Ot prp 92 (1998-99) Kapittel I Lovens formål og virkeområde, Til § 2 Definisjoner, 24. ledd.

Som jeg har nevnt i punkt 6.8.3.1, mener jeg at uttrykket ”spesifik[t]” i direktivet art 2 litra h har et noe annet meningsinnhold enn uttrykket som er brukt ved implementeringen i norsk rett, det vil si ”uttrykkelig”. Etter en naturlig språklig forståelse innebærer begrepet ”spesifik[t]” et krav om spesifikaasjon. Dette tilsier at kravet er til hinder for en generelt utformet fullmakt. Det er derimot ingen holdepunkter i ordlyden i begrepet for at en fullmakt må være gitt eksplisitt. Etter sin ordlyd er derfor begrepet ”spesifik[t]” ikke til hinder for bruk av implisitt fullmakt.

Spørsmålet er om det er grunnlag for å tolke ”uttrykkelig” i pol § 2 nr 7 i samsvar med ”spesifik[t]” i direktivet art 2 litra h. Det faktum at pol § 2 nr 7 implementerer direktivet art 2 litra h taler i utgangspunktet for å tolke ”uttrykkelig” i samsvar med ”spesifik[t]”. Derimot taler det mot å tolke ”uttrykkelig” i samsvar med ”spesifik[t]” at norske lovgivere har valgt et annet uttrykk, med et annet meningsinnhold. I samme retning trekker at direktivet i andre sammenhenger stiller opp krav et om uttrykkelighet. Uttrykkelighetskravet i direktivet gjelder ved behandling av sensitive personopplysninger, jf art 8 nr 2 litra a. Dette kravet tilsier at en fullmakt som omfatter behandling av sensitive personopplysninger også etter direktivet må være ”uttrykkelig”. På bakgrunn av dette gir direktivet lite veiledning for tolkningen av ”uttrykkelig” i pol § 2 nr 7, for de tilfellene der fullmakten omfatter behandling av sensitive personopplysninger.

For behandling av ikke-sensitive personopplysninger stiller direktivet ikke opp krav om uttrykkelighet, se art 7 litra a. Art 7 litra a krever derimot at samtykket skal være ”utvetydig”. En naturlig språklig forståelse av ”utvetydig” innebærer et krav om klarhet. Et slikt krav er ikke til hinder for bruk av underforstått fullmakt, dersom det er på det rene hva fullmakten omfatter. Direktivets løsning på dette punktet kan tale for å tolke kravet til uttrykkelighet i pol § 2 nr 7 slik at det ikke er til hinder for å bruke underforstått fullmakt, dersom fullmakten kun omfatter behandling av ikke-sensitive personopplysninger.

På bakgrunn av dette kan direktivet sees som støtte for en tolkning av uttrykkelighetskravet i pol § 2 nr 7 som åpner for bruk av implisitt fullmakt, der fullmakten kun omfatter behandling av ikke-sensitive personopplysninger. For de

tilfellene der fullmakten omfatter behandling av sensitive personopplysninger gir direktivet derimot liten veiledning for tolkningen av uttrykkelighetskravet etter pol § 2 nr 7.

Det er imidlertid en innvending mot å vektlegge direktivets løsning i forhold til fullmakter som kun omfatter behandling av ikke-sensitive personopplysninger. Norske lovgivere valgte å fravike direktivets løsning ved å slå fast et generelt krav om uttrykkelighet i definisjonen av et samtykke i pol § 2 nr 7. Videre er det ingen holdepunkter i lovteksten i pol § 2 nr 7 for å stille opp et skille avhengig av om behandlingen gjelder sensitive eller ikke-sensitive personopplysninger. På bakgrunn av dette gir direktivet ikke særlig veiledning for tolkningen av uttrykkelighetskravet i pol § 2 nr 7 i forhold til adgangen til å bruke implisitt fullmakt.

En viss veiledning finnes derimot i Arbeidslivslovsutvalgets innstilling. Ved sin behandling av uttrykkelighetskravet legger Arbeidslivslovsutvalget til grunn at en innmelding i en organisasjon i seg selv kan gi tilstrekkelig fullmakt til at organisasjonen kan samtykke til avtalefestede kontrollordninger. Dette går frem av Arbeidslivslovsutvalgets uttalelser om adgangen til å fastsette kontrollordninger ved kollektive avtaler:

”Fullmakten som gis foreningen ved den enkelte arbeidstakers medlemskap, omfatter i utgangspunktet også et samtykke til avtalefestede kontrollordninger”.⁸⁰

Uttalelsen om at arbeidstakerorganisasjonen får en fullmakt til å samtykke til kontrollordninger ved arbeidstakerens innmelding i organisasjonen inneholder ingen forutsetninger om at innmeldingserklæringen må inneholde en eksplisitt fullmakt. Tvert i mot synes uttalelsen å bygge på at selve innmeldingen kan gi organisasjonen fullmakt til å samtykke. På denne måten støtter uttalelsene en tolkning av uttrykkelighetskravet som åpner for bruk av underforstått fullmakt.

⁸⁰ NOU 2004 nr 5 Kapittel 17 Kontroll og overvåking i arbeidslivet, 17.5.2.1 Grunnlaget for arbeidsgivers adgang til kontrolltiltak, 7. avsnitt.

Datatilsynets er mer tilbakeholdne på dette punktet. I høringsuttalelsen til forslaget til ny Arbeidsmiljølov uttaler Datatilsynet:

”Det er vår oppfatning at man ikke kan anse innmelding i en forening som samtykke/fullmakt [...] med mindre det fremgår tydelig av innmeldingsblanketten at dette omfattes. Det vises i denne anledning til kravet til uttrykkelighet samt at samtykke skal være en erklæring fra den registrerte i personopplysningslovens § 2 nr. 7”.⁸¹

Det fremgår av uttalelsene at Datatilsynet mener at en innmelding kun kan ansees som en fullmakt, dersom dette ”tydelig” går frem av innmeldingsblanketten at dette er omfattet. Bruken av ordet ”tydelig” kan synes å støtte en tolkning av uttrykkelighetskravet som tilsier at kravet er oppfylt dersom det er klart at det foreligger et samtykke/en fullmakt, og hvilket omfang samtykket/fullmakten har. Ved kravet om at det må gå frem av innmeldingsblanketten hva samtykket/fullmakten omfatter, kommer det imidlertid frem at Datatilsynet legger til grunn et krav om eksplisitt samtykke/fullmakt. Datatilsynet oppfatning støtter derfor en tolkning av uttrykkelighetskravet som innebærer at en fullmakt må være eksplisitt.

Også Jørstad er av den oppfatning at et implisitt samtykke ikke kan oppfylle kravene om uttrykkelighet.⁸² Hans oppfatning synes i hovedsak å være begrunnet i uttalelsene som jeg har sitert fra NOU-en.

En tolkning av uttrykkelighetskravet som bygger på at det avgjørende er at det er klart hva fullmakten omfatter, synes på den annen side å ha en viss støtte hos Schartum og Bygrave. Forfatterne skriver at kravet om uttrykkelighet ”først og fremst” er et krav om at ”det ikke skal være tvil om samtykket er gitt, og hvilket innhold det har”.⁸³ Deres syn støtter tolkningen om at kravet til uttrykkelighet er oppfylt, hvis det etter forholdene er klart hvilket omfang fullmakten har.

⁸¹ Datatilsynets høringsuttalelse fra juni 2004 til NOU 2004 nr 5, avsnittet ”Kollektivt samtykke og tariffavtaler” [online]. Tilgang: http://www.datatilsynet.no/templates/Page_____472.aspx

⁸² Se Jørstad. 2004, s 38.

⁸³ Schartum og Bygrave. 2004, s 132.

Videre synes rettstilstanden i Danmark og Sverige å gi støtte for en mer fleksibel tolkning av kravet til uttrykkelighet, som kan åpne for bruk av implisitte fullmakter. Jeg vil gjøre nærmere rede for dette. Den danske personopplysningsloven stiller ikke opp krav om uttrykkelighet i definisjonen av samtykke i § 3 nr 8. Loven følger direktivet og krever at et samtykke må være ”specifik[t]”. Av § 6 nr 1 og § 7 nr 2 nr 1 følger imidlertid et krav om uttrykkelighet. Kravet om uttrykkelighet gjelder, som etter den norske personopplysningsloven, både i forhold til behandling av sensitive og ikke-sensitive personopplysninger.

I sin behandling av uttrykkelighetskravet slår Blume som et utgangspunkt fast at underforståtte samtykker ikke oppfyller kravet. Blume skriver:

”Samtykket kan ikke være stilltiende eller indirekte. Dette fremgår ikke direkte af bestemmelsen, men følger af lovens øvrige regler, hvor det præciseres, at samtykket skal være udtrykkeligt”.⁸⁴

Disse uttalelsene taler i utgangspunktet mot å tolke kravet til uttrykkelighet slik at underforståtte fullmakter kan oppfylle kravet.

Blume tilføyer imidlertid om innholdet i uttrykkelighetskravet i forhold til samtykker:

”Der skal altså ikke være tvivl om at det foreligger. I nogle tilfælde, f.eks. inmeldelse i en forening, er dette nok en for rigoristisk fortolkning, men det må forudsættes, at der er en utvivlsom og åpenbar sammenhæng mellem handlingen og den behandling, der bliver legitimeret. Særlig varsom bør man være, såfremt der er tale om oplysninger omfattet af §§ 7 og 8”⁸⁵

Ved disse tilføyelsene åpner Blume for fleksibilitet. Dette går frem ved eksempelet knyttet til innmelding i en fagforening. I eksempelet åpner Blume for at en innmelding kan oppfylle kravene. Dette gjør han uten å stille opp som en forutsetning at det eksplisitt må gå frem av innmeldingen at den inneholder en fullmakt. Med dette synes

⁸⁴ Se Blume. København 2003, s 74.

⁸⁵ Ibid, s 74.

Blume å åpne for at implisitte fullmakter kan oppfylle uttrykkelighetskravet. Den forutsetning som Blume stiller opp er at det må være ” en utvivlsom og åpenbar sammenheng mellom handlingen og den behandling, der bliver legitimeret”. Denne forutsetningen minner om kravene til klarhet, som blant annet Odelstingsproposisjonen og Schartum og Bygraves uttalelser taler for å legge til grunn. På bakgrunn av dette kan Blumes uttalelser sees som en støtte til denne tolkningen.

Det finnes holdepunkter for en fleksibel tolkning av uttrykkelighetskravet, som åpner for bruk av implisitte fullmakter, også i svensk rett. Den svenske personopplysningsloven følger direktivet direkte og krever at et samtykke må være ”särskild”, se § 3. Loven stiller opp krav om uttrykkelighet kun i forhold til behandling av sensitive personopplysninger, se § 15 sml § 10.

Seipel uttaler om konsekvensene som disse kravene har for utformingen av samtykker:

”There is some uncertainty about how consent may be formulated, or more precisely, expressed. In earlier decisions of the Data Inspection Board under the Data Act there were a number of models such as ‘assumed consent’, ‘hypothetical consent’, ‘passive consent’ and ‘implied consent’. It is uncertain how far these categories will continue to be used and developed under the PDA [Personal Data Act, den svenske personopplysningsloven]. There appears to be some room for flexibility, but how much room is uncertain. Probably, the actual circumstances as well as the nature of the processing will be significant.”⁸⁶

Som Blume, åpner også Seipel for fleksibilitet med hensyn til å godta implisitte samtykker, selv om han gir uttrykk for noe usikkerhet på dette punktet. Dette gir en viss støtte til tolkningen av uttrykkelighetskravet som åpner for bruk av implisitte fullmakter.

⁸⁶ Blume (ed), Saarenpää, Schartum og Seipel. 2001, s 140.

Som allerede nevnt taler tradisjonene i arbeidslivet med styrke for å tolke uttrykkelighetskravet fleksibelt, slik at også implisitte fullmakter kan oppfylle kravet. På den måten vil en innmelding kunne tenkes å oppfylle uttrykkelighetskravet.

Endelig vil jeg bemerke at en tolkning av uttrykkelighetskravet i pol § 2 nr 7 som åpner for bruk av implisitt fullmakt, etter min vurdering ikke innebærer en økt trussel for personopplysningsvernet. Dette fordi forutsetningen om at det etter forholdene må være klart hva fullmakten omfatter, sikrer ivaretagelse av personopplysningsvernet.

Etter dette har jeg kommet til at uttrykkelighetskravet må kunne tolkes med en viss fleksibilitet. I de fleste tilfeller må trolig fullmakter bli gitt eksplisitt for å kunne oppfylle uttrykkelighetskravet. Dersom det etter forholdene er klart at det foreligger en fullmakt og hva fullmakten omfatter, kan imidlertid uttrykkelighetskravet ikke ansees som et hinder for å godta fullmakten. Det kan derfor tenkes at implisitte fullmakter kan oppfylle kravet. Forutsetningen er da at det er klart at det foreligger en fullmakt og hva fullmakten omfatter.

Tradisjonen for å anse arbeidstakerorganisasjonene å få vide fullmakter til å opptre på vegne av sine medlemmer i kraft av medlemmenes innmelding, kan føre til at det ansees som tilstrekkelig klart at en arbeidstakerorganisasjon har fått fullmakt til å samtykke til en rekke ulike former for behandling av personopplysninger, jf punkt 4.2.3. Dette vil særlig gjelde i forhold til behandling av personopplysninger som er nødvendig for at arbeidstakerorganisasjonen skal kunne ivareta sine kjerneinteresser, for eksempel knyttet til lønnspolitikk. På bakgrunn av dette kan en arbeidstakerorganisasjon ut fra en generell innmelding for eksempel ansees å ha fullmakt til å samtykke til at arbeidsgiver skal kunne utlevere lønnsopplysninger knyttet til organisasjonens medlemmer. En slik oppfatning ligger trolig til grunn for Datatilsynet uttalelser om at "[d]en som er fagorganisert, må kunne sies å samtykke til utlevering av lønnsopplysninger via sitt medlemskap".⁸⁷

⁸⁷ Se Datatilsynets. "Ikke innsyn i lønn uten samtykke" av 05.03.02. [online]. Tilgang: www.datatilsynet.no/dtweb/attachment/334/loenn_innsyn.html. Datatilsynet avga uttalelsene i forbindelse med sin første behandling av bestemmelsen om utlevering av lønnsopplysninger. Som nevnt i punkt 3 har Datatilsynet senere snudd i saken. Datatilsynet har imidlertid ikke gitt uttrykk for et endret

Etter dette vil jeg minne om at kravene som stilles til klarhet varierer avhengig av hvor integritetstruende behandling fullmakten åpner for, jf pol § 1. En slik oppfatning går også frem av Seipels uttalelser:

”There appears to be some room for flexibility, but how much room is uncertain. Probably, the actual circumstances as well as the nature of the processing will be significant”.⁸⁸

Også Blume fremhever dette når han åpner for at for eksempel en innmelding kan oppfylle uttrykkelighetskravet, men tilføyer at ”[s]ærlig varsom bør man være, såfremt der er tale om opplysninger omfattet af §§ 7 og 8 [sensitive personopplysninger]”.⁸⁹

På bakgrunn av dette vil adgangen til bruk av implisitt fullmakt være snevrere der fullmakten åpner for integritetstruende behandling. Videre vil det generelt stilles strengere krav til klarhet i forhold til at det foreligger en fullmakt og fullmaktens omfang, jo mer integritetstruende behandling fullmakten åpner for.

Kravet om uttrykkelighet i pol § 2 nr 7 reiser videre spørsmål om det gjelder særskilte krav til aktivitet fra arbeidstakerens side i forbindelse med avgivelsen av fullmakter. Jeg reiser spørsmålet fordi Datatilsynet i sine retningslinjer for samtykker til behandling av personopplysninger slår fast følgende om uttrykkelighetskravet:

”Samtykket skal være uttrykkelig. Når virksomheten ønsker å behandle opplysninger om en person, må personen foreta seg noe aktivt for å samtykke, som å sende inn en svarslipp eller liknende”.⁹⁰

synspunkt på punktet som sitatet gjelder. For Datatilsynets nåværende syn, se ”Lønnsopplysninger” [online]. Tilgang: www.datatilsynet.no/templates/article____913.aspx

⁸⁸ Blume (ed), Saarenpää, Schartum og Seipel. 2001, s 140.

⁸⁹ Se Blume. 2003, s 74.

⁹⁰ Se Datatilsynets retningslinjer ”Samtykke til behandling av personopplysninger” [online]. Tilgang: http://www.datatilsynet.no/templates/article____876.aspx

Uttalelsene er direkte overførbare til fullmakter. Dette medfører at det etter Datatilsynets oppfatning gjelder et krav om at arbeidstakeren aktivt gjør noe for å avgi fullmakt.

Verken ordlyden i begrepet ”uttrykkelig” i pol § 2 nr 7 eller noen av de øvrige kildene som jeg har gått gjennom foran gir etter min mening holdepunkter for å stille opp et krav om at arbeidstakeren utviser en viss aktivitet. En annen sak er at en viss aktivitet etter omstendighetene kan være nødvendig for at det klart skal gå frem hva en implisitt fullmakt omfatter. Hvorvidt dette er tilfellet vil avhenge av en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Det er imidlertid ikke holdepunkter for på generelt grunnlag å stille opp krav om aktivitet fra arbeidstakerens side i forbindelse med avgivelse av fullmakter.

Jeg er kommet til at det ikke gjelder særskilte krav til aktivitet fra arbeidstakerens side i forbindelse med avgivelse av fullmakt til å gi kollektivt samtykke.

Det kan på den annen side stilles visse krav til aktivitet fra arbeidstakerorganisasjonens side. Dette gjelder dersom det ikke er klart hvilke rammer en fullmakt har. I slike tilfeller må det på bakgrunn av uttrykkelighetskravet kreves at organisasjonen foretar forhandlinger og drøftinger med arbeidstakeren for å bringe på det rene hvilket omfang fullmakten har.

Jeg vil nå gå over til å behandle spørsmålet om det gjelder særskilte krav til spesifisering ved utformingen av fullmakter. Spørsmålet oppstår på bakgrunn av forskjellen i ordlyden i pol § 2 nr 7, som stiller opp krav om uttrykkelighet, og direktivet art 2 litra h, som stiller opp krav om spesifisering. Dersom det gjelder krav til spesifisering, vil en helt generelt utformet fullmakt ikke være tilstrekkelig.

I utgangspunktet kan det fremstå som uklart om et spesifikasjonskrav tilfører noe utover det som følger av kravene til klarhet. Det kan imidlertid tenkes at rammene for en helt generelt utformet fullmakt er klare, selv om fullmakten ikke kan sies å være spesifikk. Dette viser at kravet om spesifisering tilfører noe utover et krav om klarhet.

Ordlyden ”spesifik[t]” i direktivet art 2 litra h taler for at det gjelder et krav om spesifisering. Begrepet ”spesifik[t]” står motsetning til begrepet ”generelt”. Ordlyden i begrepet taler derfor mot å anse en generelt utformet fullmakt for å være tilstrekkelig.

Når uttrykklighetskravet i pol § 2 nr 7 tolkes som et krav om klarhet, er det mulig også å tolke visse krav til spesifisering inn i uttrykklighetskravet. Et krav om spesifisering følger imidlertid ikke like direkte av uttrykket ”uttrykkelig” som av uttrykket ”spesifik[t]”. Det er imidlertid ingen holdepunkter i forarbeidene for at lovgiver har ment å fravike kravene til spesifisering som følger av direktivet. Dette taler for å legge kravet om spesifisering til grunn også i forhold til pol § 2 nr 7.

Et særskilt krav om spesifisering har videre en viss støtte for i teorien. Schartum og Bygrave mener det må være en forutsetning for bruk av kollektive samtykker at arbeidstakerorganisasjonen har fått en nærmere avgrenset kompetanse. Forfatterne skriver:

”Forutsetningen må i så fall være at organisasjonens kompetanse til å samtykke på medlemmenes vegne gjelder avgrensede og vel definerte områder”.⁹¹

Disse uttalelsene tyder på at forfatterne legger til grunn et krav om en viss spesifisering.

Videre kan et krav om spesifisering bidra til et sterkere personopplysningsvern. Pol § 1 taler derfor for å stille opp et visst krav om spesifisering også etter personopplysningsloven.

Etter dette er jeg kommet til at kravet om spesifisering gjelder også etter personopplysningsloven.

På bakgrunn av uttalelser i Arbeidslivslovsutvalgets innstilling oppstår spørsmålet om spesifiseringskravet gjelder generelt eller kun i forhold til fullmakter som åpner for

⁹¹ Schartum og Bygrave. 2004, s 132.

inngripende behandling. Arbeidslivslovsutvalget uttaler om kravene til spesifikasjon i samtykker:

”Et generelt samtykke vil være tilstrekkelig for de fleste ordinære tiltak, mens det kreves et spesifikt samtykke hvis det er tale om et inngripende tiltak”.⁹²

Uttalelsene gjelder samtykke, men er direkte anvendelig i forhold til fullmakter, siden kravene i pol § 2 nr 7 gjelder tilsvarende for fullmakter som for samtykke. Uttalelsene fra Arbeidslivslovsutvalgets innstilling taler for å stille opp et spesifikasjonskrav kun i forhold til fullmakter som åpner for inngripende behandling.

Jeg har imidlertid ikke funnet støtte for synet om at spesifikasjonskravet kun gjelder i forhold til samtykker/fullmakter som gjelder inngripende behandling i andre kilder. Dette taler mot å anse kravet for kun å gjelde der fullmakten omfatter inngripende behandling.

Hensynet til personopplysningsvernet, jf pol § 1, taler videre for på generelt grunnlag å kreve at fullmakten angir hvilke opplysninger som organisasjonen kan samtykke til behandling av. En annen sak er at kravene til spesifikasjon vil variere avhengig av hvor inngripende behandling fullmakten åpner for. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor.

Etter dette er jeg kommet til at det gjelder et generelt spesifikasjonskrav.

Kravet om spesifikasjon er til hinder for generelt utformede fullmakter. Spørsmålet er hvilke nærmere krav til spesifikasjon, en fullmakt må oppfylle.

Uttalelsene i Arbeidslivslovsutvalgets innstilling er, som jeg akkurat har vist, ikke tilstrekkelige til å konkludere med at kravet til spesifikasjon kun gjelder der fullmakten åpner for inngripende behandling. Uttalelsene gir imidlertid støtte for å hevde at kravene til spesifikasjon må stilles ulikt avhengig av hvor inngripende behandling det dreier seg om, slik jeg akkurat var inne på i forbindelse med behandlingen av pol § 1 i

⁹² Se NOU 2004 nr 5, Kapittel 17 Kontroll og overvåking i arbeidslivet, 17.5.4.3 Vilåårene for å behandle personopplysninger, 2. avsnitt.

forhold til kravet om klarhet. Pol § 1 taler også for å stille strengere krav til spesifikasjon der fullmakten åpner for integritetstruende behandling. På bakgrunn av dette er jeg kommet til at en fullmakt må være mer spesifikk, jo mer integritetstruende behandling den åpner for.

Spørsmålet er etter dette om det på generelt grunnlag er mulig å slå fast noe mer konkret om hvilke krav som stilles til spesifikasjon. Slutningen om at kravene til spesifikasjon varierer avhengig av hvor integritetstruende behandling fullmakten åpner for, tilsier at fullmakten som et minstekrav må være så spesifikk at det går frem om fullmakten åpner for behandling som i stor grad er integritetstruende. Dersom dette ikke går frem av fullmakten, er det ikke mulig å si om det gjelder strenge eller mindre strenge krav til spesifikasjon. Dermed er det heller ikke mulig å slå fast om kravene til spesifikasjon er oppfylt eller ikke. Dette taler for å stille opp et minstekrav om at det må gå frem av fullmakten hvor integritetstruende behandling den åpner for.

Et slikt minstekrav er videre i tråd med i kravene til klarhet i uttalelsene i Odelstingsproposisjonen, som jeg har sitert i forbindelse med kravene som følger av uttrykket ”uttrykkelig”. Uttalelsene i Odelstingsproposisjonen tilsier at fullmakten på en eller annen måte må gi uttrykk for hvilke typer behandlinger fullmakten omfatter. Utover dette følger det av uttalelsene at det må gå frem at det er en fullmakt og hvem som får fullmakten. De to siste kravene synes ikke jeg det er naturlig å se som spesifikasjonskrav, da oppfyllelse av disse kravene er en forutsetning for at det i det hele tatt skal foreligge en fullmakt, uavhengig av om den er generelt eller spesifikt utformet. Uttalelsene fra Odelstingsproposisjonen som taler for å kreve at fullmakten i alle fall angir hvilke behandlinger den åpner for, støtter et minstekrav om at det må gå frem av fullmakten om den åpner for integritetstruende behandling.

Dette minstekravet sørger videre for ivaretagelse av personopplysningsvernet og er dermed i samsvar med pol § 1. Pol § 1 er dermed et argument for å stille opp dette kravet.

På bakgrunn av dette er jeg kommet til at det er et minstekrav at en fullmakt er tilstrekkelig spesifisert til at det går frem om fullmakten gir adgang til behandling som

er i stor grad integritetstruende eller kun behandling som i mindre grad er integritetstruende.

Utover det angitte minstekravet har jeg ikke funnet holdepunkter for å stille opp konkrete krav til spesifisering. Det vil på bakgrunn av dette bero på en vurdering av den enkelte fullmakt om kravene til spesifisering kan ansees å være oppfylt.

Spesifikasjonskravet gjør det enda vanskeligere å tenke seg at implisitte fullmakter kan være i samsvar med personopplysningsloven. Kravet om at det i alle fall må gå frem om fullmakten gir adgang til integritetstruende behandling, kan føre til at for eksempel en innmelding i en arbeidstakerorganisasjon ansees å oppfylle spesifikasjonskravet i forhold til behandling av ikke-sensitive personopplysninger, ikke i forhold til behandling av sensitive personopplysninger. Jeg vil anta at det på grunn av tradisjonene i det kollektive arbeidslivet må ansees å komme tilstrekkelig presist til uttrykk ved en innmelding at en arbeidstakerorganisasjon har fullmakt til å samtykke til behandling av ikke-sensitive personopplysninger. Muligens gjør spesifikasjonskravet at arbeidstakerorganisasjonen må innhente særskilt fullmakt før den samtykker til behandling av sensitive personopplysninger.

En slik løsning kan være en gylden middelvei. Alternativet til en slik løsning kunne være å kreve en eksplisitt og spesifisert fullmaktserklæring i forbindelse med innmeldingen. I praksis ville et slikt krav kunne ha blitt håndtert slik at arbeidstakerorganisasjonene utformet standarderklæringer der de tok høyde for alle tenkelige behov de ville ha for fullmakt til behandling av personopplysninger. En slik standarderklæring kunne lett bli omfattende. Mange arbeidstakere ville trolig lese en omfattende standarderklæring lite grundig. På bakgrunn av dette er det ikke gitt at en slik løsning ville ivareta personopplysningsvernet bedre. Uansett ville løsningen være mer tungvint og i strid med lange tradisjoner innenfor arbeidsretten

Før jeg går videre i min behandling av kravene i pol § 2 nr 7 i forhold til utforming av fullmakter, vil jeg kort oppsummere innholdet i uttrykkelighetskravet. Min gjennomgang viser at det følger av uttrykkelighetskravet at det må være klart hva fullmakten i det enkelte tilfelle omfatter. Bruk av implisitte fullmakter fremstår som

problematisk på bakgrunn av uttrykkelighetskravet. Implisitte fullmakter kan imidlertid tenkes å oppfylle uttrykkelighetskravet. Forutsetningen er at det klart går frem at det foreligger en fullmakt, samt hvilket omfang denne har. Adgangen til bruk av implisitt fullmakt og de generelle kravene til klarhet skjerpes jo mer integritetstruende behandling fullmakten åpner for. Fullmakter må videre i det minste være så vidt spesifikke at det går frem om fullmakten gir adgang til behandling som er i stor grad integritetstruende eller kun behandling som i mindre grad er integritetstruende. Også kravene til spesifisering avhenger av hvor inngripende behandling fullmakten tillater.

6.8.3.3 Frivillighetskravet

Jeg vil nå behandle hvilken betydning kravet til frivillighet har for avgivelsen og utformingen av fullmakter.

En naturlig språklig forståelse av begrepet ”frivillig” tilsier at en fullmakt må være avgitt uten tvang. Denne forståelsen av kravet er i overensstemmelse med uttalelser i Odelstingsproposisjonen:

”I kravet til at samtykket skal være frivillig ligger at det ikke må være avgitt under noen form for tvang fra den behandlingsansvarlige eller andre”.⁹³

Verken lovteksten eller forarbeidene gir holdepunkter for hvilket nærmere innhold kravet til frivillighet har.

Ordlyden i pol § 2 nr 7 er på dette punktet i samsvar med ordlyden i direktivet art 2 litra h. Derfor gir heller ikke direktivet veiledning for hvordan de nærmere rammene for frivillighetskravet skal trekkes.

Datatilsynet har imidlertid avgitt uttalelser som gir uttrykk for at kravet innebærer at det ikke må være knyttet negative konsekvenser til å nekte å samtykke:

⁹³ Se Ot prp 92 (1998-99) Kapittel I Lovens formål og virkeområde, Til § 2 Definisjoner, 25. ledd.

”Dersom det å si nei medfører negative konsekvenser, vil ikke samtykket oppfylle kravet til frivillighet som følger av personopplysningsloven. Det er altså ikke lov å sette arbeidstakeren i en situasjon der han føler seg presset til å gi et samtykke”.⁹⁴

I samme retning trekker Schartum og Bygraves uttalelser. Forfatterne mener at frivillighetskravet ikke er oppfylt der det er knyttet ”negative konsekvenser” til å nekte å samtykke.⁹⁵ Anvendt på fullmakter tilsier dette at kravet ikke er oppfylt der det er knyttet negative konsekvenser til å nekte å avgi fullmakt. I tråd med dette vil frivillighetskravet ikke være oppfylt for eksempel dersom arbeidstakerorganisasjonen nekter arbeidstakeren medlemskap i organisasjonen, hvis arbeidstakeren ikke vil avgi fullmakt.

En slik tolkning av frivillighetskravet synes å være i samsvar med en alminnelig språklig forståelse av begrepet ”frivillig”. Dette taler med en viss vekt for å legge tolkningen til grunn. Det svekker imidlertid vekten av ordlyden som argument for denne tolkningen, at ordlyden har så vidt uklare rammer at mange tolkninger kan sies å være i overensstemmelse med ordlyden.

Schartum og Bygrave er videre av den oppfatning at frivillighetskravet ikke er til hinder for å knytte fordeler til å avgi samtykke.⁹⁶ I tråd med denne oppfatningen er det ikke til hinder for å anse frivillighetskravet for å være oppfylt, at arbeidstakeren nyter fordeler ved å avgi fullmakt.

Også denne tolkningen er i overensstemmelse med en naturlig språklig forståelse av hva som ligger i begrepet ”frivillig”. Dette er et støtteargument for å anvende denne tolkningen. De samme innvendingene, som er nevnt ovenfor, gjør seg imidlertid gjeldende også her i forhold til å vektlegge ordlyden som støtteargument.

⁹⁴ Se ”Arbeidsliv – spørsmål og svar” under overskriften ”Kan arbeidsgiver true med negative konsekvenser dersom ikke arbeidstaker gir samtykke i ulike sammenhenger?” [online] Tilgang: http://www.datatilsynet.no/templates/article____407.aspx#27

⁹⁵ Schartum og Bygrave. 2004, s 131/132.

⁹⁶ l.c.

Inndelingen som Datatilsynet og Schartum og Bygrave foreslår, fremstår intuitivt som hensiktsmessig. Det kan imidlertid innvendes at det kan bli noe tilfeldig hva som ansees for å være en negativ konsekvens knyttet til å nekte å gi fullmakt og hva som ansees som en positiv konsekvens knyttet til å gi fullmakt.⁹⁷ Jeg vil forsøke å forklare innvendingen med et eksempel hentet fra Orkla ASAs bedriftsavtale.⁹⁸ Eksempelet gjelder spørsmålet om samtykke, men er likevel egnet til å illustrere mitt poeng. I bedriftsavtalen legges det til grunn at det ikke er til hinder for å anse frivillighetskravet for å være oppfylt at samtykke til behandling av personopplysninger settes som vilkår for en kontrakt, se punkt 4.1. Når samtykke er et vilkår for kontrakt, blir det ingen kontrakt, dersom arbeidstakeren nekter å samtykke. På bakgrunn av dette er det naturlig å anse vilkåret som en negativ konsekvens av ikke å samtykke. Dersom man betrakter vilkåret på denne måten, er vilkåret i strid med frivillighetskravet, slik det er lagt til grunn ovenfor. Vilket kan imidlertid også betraktes som en fordel ved å samtykke. Dette fordi at arbeidstakeren, dersom han samtykker, får inngå kontrakten. Ut fra inndelingen ovenfor vil vilkåret være i overensstemmelse med frivillighetskravet når det betraktes på denne måten. Hvilken betraktningssmåte som legges til grunn, får altså store konsekvenser. I et tilfelle som i eksempelet her er det usikkert hvilken betraktningssmåte som er riktig å legge til grunn. Dette gjør at inndelingen fremstår som mindre klargjørende.

En yterligere innvending mot Schartum og Bygraves forståelse av frivillighetskravet er at den, slik den er fremstilt foran, er unyansert. Som jeg har gjort rede for i punkt 6.8.3.1 varierer tolkningen av kravene med hvor inngripende behandling det dreier seg om, jf pol § 1. Dette innebærer at frivillighetskravet må tolkes strengere jo mer inngripende behandling fullmakten åpner for. Konkret innebærer dette at det må kreves større grad av visshet for at fullmakten faktisk er avgitt frivillig i de tilfellene der fullmakten åpner for inngripende behandling enn i tilfellene der fullmakten åpner for mindre inngripende behandling.

⁹⁷ Se i samme retning Jørstad. 2004, s 35.

⁹⁸ Personhåndbok. Generelle retningslinjer av 31. mai 2002 for behandling av personopplysninger ved Orkla ASA. Jeg har fått tilgang til denne ved direkte henvendelse til Orkla.

Også Datatilsynet er av den oppfatning at kravet til frivillighet er relativt. Dette går frem av Datatilsynets uttalelser om at det må vurderes konkret i det enkelte tilfellet om kravet er oppfylt. I Datatilsynets retningslinjer for kravene til samtykke heter det om kravet til frivillighet:

”Spørsmålet om samtykket er frivillig eller ikke må avgjøres konkret i det enkelte tilfelle: Hva spørres det etter? Hvor belastende vil et samtykke være? Er konsekvensene uforholdsmessige om man ikke samtykker?”⁹⁹

På bakgrunn av dette er jeg kommet til at dersom Schartum og Bygraves forståelse skal legges til grunn, må den nyanseres slik at den tar høyde for at kravene til frivillighet er ulike avhengig av hvor inngripende behandling som fullmakten åpner for.

I tillegg til dette, er det en ytterligere innvending mot Schartum og Bygraves tolkning av frivillighetskravet at arbeidstakeren uansett vil være utsatt for utenforliggende påvirkning, enten det dreier seg om en negativ følge av å nekte eller en fordel knyttet til å avgi fullmakt eller samtykke. Denne innvendingen er imidlertid ikke særlig tungtveiende da det må antas at lovgiver med kravet om frivillighet ikke har tatt sikte på å fjerne ethvert normalpress, kun mer reelle tvangssituasjoner.

Totalt sett synes imidlertid inndelingen som Schartum og Bygrave foreslår, å være for stilisert. En slik inndeling kan gi en viss veiledning, men må nyanseres. Det riktige må være å avgjøre ved en konkret vurdering i det enkelte tilfelle om en fullmakt eller et samtykke er avgitt med press utenom det som må kunne betegnes som normalpress. Dette må avgjøres ved en totalvurdering, der både fordeler og ulemper ved å samtykke og ikke å samtykke er relevant å trekke inn. Trolig vil også den behandlingsansvarliges behov for den aktuelle fullmakten/samtykket kunne belyse spørsmålet om fullmakten/samtykket er avgitt frivillig. En arbeidstaker vil typisk lettere ha avgitt en fullmakt/et samtykke frivillig der han ser at mottakeren har et reelt behov. I tvilstilfeller bør hensynet til ivaretagelse av personopplysningsvernet veie tungt, jf pol § 1. Videre

⁹⁹ Se Datatilsynets retningslinjer ”Samtykke til behandling av personopplysninger”[online]. Tilgang: http://www.datatilsynet.no/templates/article____876.aspx

må kravene til frivillighet skjerpes der fullmakten åpner for inngripende behandling, jf pol § 1.

Jeg vil gi et eksempel for å illustrere den konkrete vurderingen som er nødvendig å foreta for å fastslå om en fullmakt er avgitt frivillig. Det kan tenkes at en organisasjon har fremforhandlet mulighet for høyere lønn for arbeidstakeren, men at dette forutsetter en mer omfattende tidskontroll, og arbeidstakerorganisasjonen går til sine medlemmer for å innhente særskilt fullmakt til å gå med på ordningen. I tråd med Schartum og Bygrave kan det hevdes at dette er en situasjon der det er knyttet fordeler til å avgi fullmakt. Ut fra fordelene arbeidstakeren kan oppnå ved å avgi fullmakt, høyere lønn, sett i forhold til ulempene det sett fra et personopplysningsvernsperspektiv er å avgi fullmakt, mer omfattende tidskontroll, kan det være grunnlag for å anse frivillighetskravet for å være oppfylt. Dette kan stille seg annerledes dersom arbeidstakeren må avgi fullmakt til behandling av helseopplysninger, som er sensitive personopplysninger. Da skjerpes kravene til frivillighet. I en slik situasjon kan det for eksempel være aktuelt å stille krav om at arbeidsgiver har klare behov for helseopplysninger, for at avgivelse av fullmakt som omfatter helseopplysninger skal ansees for å være frivillig. Hvis han har klare behov, er det trolig at arbeidstakeren har sett dette og derfor vært villig til å avgi fullmakten.

Jeg minner om at det i praksis ofte vil være slik at arbeidstakerorganisasjonene ikke i det enkelte tilfelle går til arbeidstakerne for å innhente fullmakt, men anser seg for å ha vid kompetanse i kraft av medlemmenes innmelding i organisasjonen, jf punkt 4.2.3. Slik jeg har vist i punkt 6.6.2, mener jeg at det på generell basis ikke er knyttet særlige problemer til oppfyllelse av frivillighetskravet i forholdet mellom en arbeidstaker og en arbeidstakerorganisasjon. Hvorvidt kravene til frivillighet er oppfylt i det enkelte tilfelle beror imidlertid på en konkret vurdering. Særlige forhold kan tilsi at en fullmakt ikke er avgitt frivillig. Dette gjelder for eksempel hvis det kommer frem at arbeidstakeren har meldt seg inn i organisasjonen, og dermed avgitt samtykke, på grunn av sterk mobbing fra organiserte kolleger. I et slikt tilfelle har arbeidstakeren vært utsatt for press utover det normale, og fullmakten som er gitt i kraft av innmeldingen vil derfor ikke kunne ansees å være frivillig avgitt.

6.8.3.4 Kravet om "informert" fullmakt

Pol § 2 nr 7 fastsetter endelig at et samtykke må være "informert". I det følgende vil jeg drøfte hvordan fullmakter må utformes og avgis for å oppfylle kravet.

Etter ordlyden er kravet "informert" vidt. Ordlyden i begrepet taler for å stille opp et krav om at arbeidstakeren har kjennskap til forhold som er relevante ved vurderingen av om han skal avgi fullmakt.

En slik tolkning har støtte i NOU-en hvor det heter om kravet i forhold til samtykkeerklæringer:

"For det andre må erklæringen være "informert". I dette ligger at den registrerte må forstå hva erklæringen gjelder, og hvilke konsekvenser denne får eller kan få".¹⁰⁰

Odelstingsproposisjonen følger opp samme tolkning:

"Kravet om at samtykket skal være informert medfører at den registrerte må gis tilstrekkelig informasjon slik at vedkommende vet hva det samtykkes i".¹⁰¹

Også Datatilsynet synes å legge en tilsvarende tolkning til grunn i sine retningslinjer for kravene til samtykke:

"Den som skal registreres må få tilstrekkelig informasjon til å forstå hva samtykket gjelder og hvilke konsekvenser det kan få".¹⁰²

Schartum og Bygrave er av den oppfatning at kravet medfører at den som samtykker skal gis informasjon om "alle relevante faktiske forhold".¹⁰³ Også denne oppfatningen synes å være i samsvar med tolkningen som følger av ordlyden i pol § 2 nr 7 og er lagt til grunn i forarbeidene.

¹⁰⁰ NOU 1997 nr 19 Kap 21 Merknader til de enkelte bestemmelsene, Til § 2 nr 7 "samtykke", 3. avsnitt.

¹⁰¹ Ot prp 92 (1998-99) Kapittel I Lovens formål og virkeområde, Til § 2 Definisjoner, 25. ledd.

¹⁰² Datatilsynets retningslinjer "Samtykke til behandling av personopplysninger"[online]. Tilgang: http://www.datatilsynet.no/templates/article____876.aspx

¹⁰³ Schartum og Bygrave. 2004, s 132.

Videre synes Jørstad å legge samme tolkning til grunn. Han skriver at kravet innebærer at arbeidstakeren må være ”fullt klar over hva han samtykker i”.¹⁰⁴ I forhold til fullmakter innebærer dette kravet at arbeidstakeren skal være ”fullt klar over” hva han gir fullmakt til.

Etter dette er jeg kommet til at kravet om ”informert” fullmakt innebærer at arbeidstakeren skal ha fått all nødvendig informasjon, slik at han har hatt mulighet til å vurdere om han faktisk ønsker å avgi fullmakt.

Et særskilt spørsmål som oppstår på bakgrunn av dette kravet er om en arbeidstakerorganisasjon plikter å foreta drøftinger og forhandlinger med arbeidstakeren i forbindelse med avgivelsen av fullmakten for å sikre at kravet til ”informert” fullmakt er oppfylt.

Det er ingen holdepunkter verken i lovteksten i pol § 2 nr 7 eller i forarbeidene for at det gjelder en slik plikt. Dette taler mot å stille opp en generell plikt.

Pol § 1 kan derimot tale for å stille opp en plikt til å gjennomføre drøftinger og forhandlinger. Dette fordi drøftinger og forhandlinger kan bidra til en bedre ivaretagelse av personopplysningsvernet. Når det ikke finnes andre holdepunkter for at det gjelder en slik plikt, er imidlertid pol § 1 alene ikke tilstrekkelig til å stille opp en plikt for arbeidstakerorganisasjonen til å foreta drøftinger og forhandlinger med arbeidstakeren. På bakgrunn av dette synes det i utgangspunktet ikke å være grunnlag for å stille opp en slik plikt etter personopplysningsloven.

Som en modifikasjon i forhold til dette vil jeg tilføye at drøftinger og forhandlinger i det konkrete tilfellet kan være nødvendig for å sikre at arbeidstakeren har den kjennskap som er nødvendig for at han skal kunne vurdere om han faktisk ønsker å avgi fullmakt. Dersom det etter en konkret vurdering er klart at drøftinger og forhandlinger er

¹⁰⁴ Se Jørstad. 2004, s 37.

nødvendig for å oppfylle kravene om informasjon, må arbeidstakerorganisasjonen på bakgrunn av dette ha plikt til å gjennomføre drøftinger og forhandlinger.

Som jeg har nevnt flere ganger, blant annet i punkt 4.2.3, vil en fullmakt i praksis ofte bli avgitt implisitt i kraft av at arbeidstakeren melder seg inn i en arbeidstakerorganisasjon. Det er sentralt for at organisasjonene skal kunne ivareta medlemmenes interesser at de har fullmakt til å opptre på vegne av arbeidstakere som melder seg inn i organisasjonen. Dette må medlemmene antas å vite. På bakgrunn av dette må medlemmene normalt ansees å avgi ”informert” fullmakt, slik at drøftinger og forhandlinger ikke er nødvendige. I alle fall gjelder dette for de delene av fullmakten som gjelder organisasjonens kjerneområder, som lønnspolitikk. En innmelding kan i tråd med dette typisk ansees for å være en ”informert” fullmakt som gir organisasjonen rett til å samtykke til at arbeidsgiver skal kunne utlevere lønnsopplysninger, se i samme retning i forhold til kravet om uttrykkelighet punkt 6.8.3.2. Datatilsynets uttalelser om at ”[d]en som er fagorganisert, må kunne sies å samtykke til utlevering av lønnsopplysninger via sitt medlemskap” synes å bygge på samme oppfatning.¹⁰⁵ I forhold til mer perifere områder av organisasjonens virksomhet vil arbeidstakeren på den annen side typisk mangle tilstrekkelig kjennskap til det kollektive arbeidslivet til at han kan overskue konsekvensene av innmeldingen. Da vil drøftinger og forhandlinger være nødvendig for å sørge for at fullmakten er ”informert”.

Hvis man i det konkrete tilfellet kommer til at arbeidstakerorganisasjonen har plikt til å gjennomføre drøftinger og forhandlinger, oppstår spørsmålet om hvilket omfang denne plikten har. Også dette vil avhenge av de konkrete omstendighetene. Det avgjørende er at arbeidstakeren blir satt i stand til å kunne vurdere om han faktisk ønsker å avgi fullmakt.

¹⁰⁵ Se Datatilsynets notat ”Ikke innsyn i lønn uten samtykke” av 05.03.02. [online]. Tilgang: www.datatilsynet.no/dtweb/attachment/334/loenn_innsyn.html Datatilsynet kom med uttalelsene i forbindelse med sin første behandling av bestemmelsen om utlevering av lønnsopplysninger. Som nevnt i punkt 3 har Datatilsynet senere snudd i saken. Datatilsynet har imidlertid ikke gitt uttrykk for et endret synspunkt på punktet som sitatet gjelder. For Datatilsynets nåværende syn, se ”Lønnsopplysninger” [online]. Tilgang: www.datatilsynet.no/templates/article____913.aspx

Utover dette kan det ikke stilles opp annet enn en oppfordring til å gjennomføre forhandlinger og drøftinger i forbindelse med avgivelsen av fullmakten. En oppfordring kan forankres i pol § 1.

Jeg har nå drøftet forholdene i forbindelse med avgivelse av fullmakten. Også i forhold til arbeidstakerorganisasjonens bruk av en allerede avgitt fullmakt oppstår spørsmål om arbeidstakerorganisasjonen har plikt til å gjennomføre drøftinger og forhandlinger med arbeidstakerne i medhold av kravet til ”informert” fullmakt.

Det er ingen holdepunkter verken i ordlyden i pol § 2 nr 7 eller i forarbeidene for at den som mottar et samtykke/en fullmakt plikter å drøfte bruken av samtykket/fullmakten med den som har avgitt samtykket/fullmakten. Pol § 2 nr 7 og forarbeidene taler derfor mot å stille opp en slik plikt på generelt grunnlag.

Schartum og Bygrave skriver om dette:

”Det må også kreves at det enkelte medlem holdes fullt ut informert om organisasjonens kollektive samtykker [...]”.¹⁰⁶

Det fremstår som noe uklart hva forfatterne legger i kravet om at det enkelte medlem må ”holdes fullt ut informert”. En naturlig språklig forståelse av formuleringen tilsier at en orientering er tilstrekkelig. Med en slik tolkning støtter Schartum og Bygraves syn tolkningen som tilsier at det ikke gjelder en plikt for arbeidstakerorganisasjonen til å gjennomføre drøftinger og forhandlinger.

Personopplysningsvernshensyn kan imidlertid tale for å stille opp en slik plikt, men pol § 1 gir ikke alene grunnlag for å stille opp plikten.

¹⁰⁶ Schartum og Bygrave. 2004, s 132.

På bakgrunn av dette er jeg kommet til at det etter personopplysningsloven ikke gjelder en generell plikt for arbeidstakerorganisasjonen til å drøfte og forhandle bruken av en fullmakt med arbeidstakerne som har avgitt fullmakten.

Jeg vil bemerke at det heller ikke i arbeidsretten finnes noe generelt grunnlag for å stille opp en plikt for arbeidstakerorganisasjonen til å drøfte bruken av fullmakter med medlemmene i organisasjonen. Slik plikt kan imidlertid være fastsatt i organisasjonenes vedtekter og tariffavtaler. Hvorvidt dette er tilfellet beror på en konkret tolkning.

Konklusjonen jeg har trukket forutsetter at fullmakten var ”informert” da den ble avgitt, jf den foregående drøftelsen. Det kan forekomme at en fullmakt ikke var ”informert” da den ble avgitt. I slike tilfeller kan senere drøftinger og forhandlinger være nødvendige for å sørge for at fullmakten blir ”informert”. Dersom dette blir foretatt, vil fullmakten bli ”informert” og dermed være i samsvar med kravet etter pol § 2 nr 7 når den blir anvendt.

Jeg minner om at en plikt til å foreta drøftinger og forhandlinger også kan oppstå på bakgrunn av uttrykkelighetskravet dersom fullmaktens omfang er uklar, som nevnt i punkt 6.8.3.2.

Utover dette er det kun grunnlag for å stille opp en oppfordring om at arbeidstakerorganisasjonen foretar drøftinger og forhandlinger i forbindelse med bruk av fullmakten ut fra personopplysningsvernshensyn.

Et annet spørsmål er om kravet om ”informert” samtykke kan sees som et krav om at arbeidstakerorganisasjonen i alle fall skal orientere arbeidstakeren underveis om hvordan fullmakten blir brukt. Ordlyden i pol § 2 nr 7 gir ikke holdepunkter for å pålegge arbeidstakerorganisasjonen en slik plikt. Det gjør heller ikke forarbeidene da de siterte uttalelsene fra forarbeidene synes å gjelde situasjonen før samtykke/fullmakt blir avgitt.

Schartum og Bygrave synes derimot å mene at arbeidstakeren må holdes orientert om hvordan fullmakten blir brukt. Dette går frem av uttalelsene jeg har sitert ovenfor om at

det enkelte medlem må ”holdes fullt ut informert om organisasjonens kollektive samtykker”.

Forfatterens syn taler for å stille opp en plikt for arbeidstakerorganisasjonen til å orientere arbeidstakeren om hvordan fullmakten blir brukt. Det er imidlertid en innvending mot å legge vekt på forfatterens synspunkt at forfatterne ikke begrunner eller forankrer sitt synspunkt på noen måte. Dette svekker vekten uttalelsene kan tillegges ved vurderingen av om det gjelder en slik plikt.

På den annen side vil det styrke personopplysningsvernet for den enkelte arbeidstaker om arbeidstakerorganisasjonen blir pålagt en slik plikt, noe som taler for å stille opp plikten. Pol § 1 gir imidlertid alene ikke tilstrekkelig grunnlag for å pålegge arbeidstakerorganisasjonen plikt til å underrette arbeidstakeren om hvordan fullmakten blir brukt.

Selv om det etter dette ikke synes å være grunnlag for å stille opp en plikt, kan god behandlingsskikk tilsi at arbeidstakeren blir orientert om hvordan fullmakten blir brukt. På den annen side kan det jo tenkes at arbeidstakerne sikres en viss orientering om hva som skjer på arbeidsplassen gjennom allmøter og lignende slik at de på den måten får vite hva arbeidstakerorganisasjonen gjør på deres vegne.

Etter dette er jeg kommet til at arbeidstakerorganisasjonen ikke har plikt til å orientere arbeidstakeren om hvordan en fullmakt blir benyttet på bakgrunn av kravet til ”informert” fullmakt.

Jeg vil nå forsøke å fastlegge nærmere hvilke konkrete krav som følger av kravet til ”informert” fullmakt.

I sine retningslinjer for kravene til samtykke stiller Datatilsynet opp seks konkrete krav som må være oppfylt for at et samtykke skal være ”informert”. Datatilsynet stiller opp følgende krav:

1. Navn og adresse på den behandlingsansvarlige.

2. Hva opplysningene skal brukes til.
3. Om opplysningene vil bli utlevert til andre, og eventuelt hvem som er mottaker.
4. Om det er frivillig å gi fra seg opplysningene.
5. Informasjon som gjør den registrerte i stand til å bruke sine rettigheter etter personopplysningsloven på best mulig måte, som f.eks. om retten til å kreve innsyn, retting og sletting.
6. Hvor lenge personopplysningene vil bli behandlet eller oppbevart.¹⁰⁷

Anvendt på fullmakter reiser disse kravene flere spørsmål. For eksempel fremstår det som uklart hvor detaljert arbeidstakeren må ha kjennskap til hva opplysningene skal brukes til av arbeidstakersiden, jf krav 2. Dette er en innvending mot å legge kravene til grunn.

Den vesentligste innvendingen mot kravene er imidlertid at de har et uklart grunnlag. I sine retningslinjer gjør Datatilsynet ikke rede for hvorfor akkurat disse minskedkravene er stilt opp. Den uklare rettskildemessige forankringen gjør det usikkert hvilken vekt kravene kan tillegges.

På grunn av sammenfall mellom kravene i Datatilsynets retningslinjer og kravene i pol § 19, antar Jørstad at kravene i retningslinjene er inspirert av pol § 19. Pol § 19 omhandler den behandlingsansvarliges informasjonsplikt ved innhenting av personopplysninger fra den registrerte.¹⁰⁸ Både pol § 19 og kravet om informert samtykke skal sørge for at den registrerte har oversikt over hvilke personopplysninger knyttet til ham som blir behandlet. Dette taler for å stille kravene som er angitt i pol § 19 også i forhold til informert samtykke. Mot dette kan det innvendes at det er grunn til å anta at lovgiver hadde trukket kravene frem også i pol § 2 nr 7, hvis det var lovgivers intensjon at kravene skulle gjelde tilsvarende for informert samtykke. Det er videre ingen holdepunkter i forarbeidene for at kravene skal legges til grunn i forhold til informert samtykke, jf pol § 2 nr 7. Dette taler mot å legge kravene i § 19 til grunn også i forhold til informert samtykke, eller i dette tilfelle informert fullmakt.

¹⁰⁷ Se Datatilsynets retningslinjer ”Samtykke til behandling av personopplysninger” [online]. Tilgang: http://www.datatilsynet.no/templates/article____876.aspx

¹⁰⁸ Jørstad. 2004, s 36 flg.

I tillegg kommer at det i Datatilsynets retningslinjer ikke finnes direkte holdepunkter for at minstekravene er begrunnet i pol § 19. Det er derfor ingen direkte holdepunkter i Datatilsynets retningslinjer for å anse kravene i § 19 for å gjelde også i forhold til kravet ”informert” i pol § 2 nr 7.

Etter dette synes det ikke å være grunnlag for å stille opp de seks kravene som absolutte minstekrav på bakgrunn av kravet om ”informert” fullmakt. En annen sak er at de seks kravene kan representere eksempler på hva som skal til for at kravet i alle fall er oppfylt. Dermed vil kravene være momenter som typisk er relevant å trekke inn ved vurderingen av om en fullmakt er ”informert”.

Jeg nevner at jeg ikke har funnet holdepunkter for å stille opp andre konkrete minstekrav for hvilke forhold arbeidstakeren må ha kjennskap til når han avgir fullmakt for at den skal ansees å være tilstrekkelig informert.

Etter dette må det avgjøres ved en konkret vurdering i det enkelte tilfelle om en arbeidstaker hadde tilstrekkelig informasjon til at en fullmakt kan ansees å være avgitt ”informert”. Ved denne vurderingen vil det, som Jørstad påpeker, typisk være sentralt å klarlegge om arbeidstakeren hadde kjennskap til hva han avga fullmakt til og hvilke konsekvenser fullmakten har.¹⁰⁹ Datatilsynets minstekrav er, som allerede nevnt, egnet til å belyse denne vurderingen.

Også i forhold til kravet om ”informert” fullmakt, vil jeg bemerke at kravene må stilles ulikt avhengig av hvor inngripende behandling det dreier seg om, jf pol § 1. Dette tilsier at arbeidstakeren må ha fått mer eller bedre informasjon før han avgir en fullmakt som åpner for inngripende behandling. Videre vil man typisk oftere komme til at drøftinger og forhandlinger er nødvendige for å anse en fullmakt for å være ”informert” der fullmakten gir adgang til inngripende behandling.

¹⁰⁹ Jørstad. 2004, s 37.

Jeg vil etter dette oppsummere kravene som følger av uttrykket ”informert” fullmakt. Uttrykket innebærer et krav om at arbeidstakeren må ha hatt kjennskap til relevant informasjon før han avga fullmakt. Arbeidstakeren må på bakgrunn av dette ha kjennskap til hva han avgir fullmakt til og hvilke konsekvenser fullmakten har. Det beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle om kravet kan ansees å være oppfylt. Videre kan det ikke på generelt grunnlag kreves at en arbeidstakerorganisasjon foretar drøftinger, forhandlinger eller orientering, men dette kan være nødvendig i det enkelte tilfelle. Kravene som stilles til informasjon skjerpes der fullmakten åpner for inngripende behandling.

6.8.3.5 Tilbaketrekning av fullmakter

Som en avslutning på min behandling av kravene til avgivelse og utforming av fullmakter vil jeg ta opp adgangen til å trekke avgitte fullmakter tilbake.

Personopplysningsloven fastsetter ikke regler om tilbaketrekning. Det er imidlertid forutsatt i forarbeidene at et samtykke til behandling av personopplysninger kan trekkes tilbake. Adgangen og konsekvensene av tilbaketrekning går frem av følgende uttalelser:

”Særlige spørsmål reiser seg dersom samtykke gis, men deretter trekkes tilbake. Da må det legges til grunn at behandlingen ikke kan fortsette. Behandling som eventuelt har funnet sted i tidsrommet mellom avgivelsen og tilbaketrekningen av samtykket, vil imidlertid fremdeles være lovlig”.¹¹⁰

Kaspersen, Wiik Johansen og Bergseng Skullerud skriver tilsvarende at ”samtykket skal kunne kalles tilbake på et hvilket som helst tidspunkt”.¹¹¹ Videre skriver Schartum og Bygraves at ”[s]amtykket kan i utgangspunktet trekkes formfritt tilbake og når som helst”.¹¹² Jørstad skriver at et ”samtykke kan tilbakekalles når som helst av den registrerte”.¹¹³

¹¹⁰ Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 6.ledd.

¹¹¹ Kaspersen, Wiik Johansen, og Bergseng Skullerud. 2001, s 78.

¹¹² Schartum og Bygrave. 2004, s 133.

¹¹³ Jørstad. 2004, s 42.

Det er etter dette klart at et samtykke til behandling av personopplysninger fritt må kunne trekkes tilbake. Dette kravet må gjelde tilsvarende for fullmakter.¹¹⁴

Tilbaketrekningskravet reiser særlige spørsmål der arbeidstakerorganisasjonen har benyttet seg av fullmakten og avgitt et kollektivt samtykke til behandling av personopplysninger, og arbeidstakeren ønsker å trekke fullmakten tilbake for eksempel fordi han vil melde seg ut av organisasjonen. Fordi arbeidstakerorganisasjonen typisk har en utmeldingsfrist, samt at arbeidstakeren i denne perioden ansees som medlem på vanlig måte, kan problemer oppstå. Dette vil jeg drøfte i forbindelse med behandlingen av tilbaketrekning av kollektivt samtykke i punkt 6.8.4.5.

Jeg vil minne om at selv om kravene til fullmakt ikke er oppfylt, for eksempel på grunn av at arbeidstakeren trekker fullmakten tilbake, kan andre grunnlag i pol §§ 8 eller 9 gi hjemmel for behandling av personopplysninger og kollektive bestemmelser om dette.

6.8.4 Selve det kollektive samtykket

6.8.4.1 Innledning

Etter at jeg nå har behandlet hvordan fullmakter må utformes og avgis for å oppfylle kravene i pol § 2 nr 7, vil jeg i de følgende punktene drøfte hvordan selve det kollektive samtykket må utformes for å oppfylle de samme kravene.

6.8.4.2 Uttrykkelighetskravet

Jeg vil starte med kravet om uttrykkelighet.

I forbindelse med behandlingen i punkt 6.8.3.2 har jeg vist at uttrykkelighetskravet trolig som regel vil innebære at en fullmakt må foreligge eksplisitt. Selve uttrykkelighetskravet kan likevel ikke ansees som et absolutt hinder for bruk av underforstått fullmakt dersom det er klart at det foreligger en fullmakt og hvilket omfang fullmakten har. Dette er av betydning også i forhold til kollektive samtykker. Slik jeg har vist i punkt 6.7.2, finnes kollektive bestemmelser som underforstått

¹¹⁴ Se i samme retning Schartum, og Bygrave. 2004, s 132.

innebærer et kollektivt samtykke. For at slike kollektive samtykker skal være i samsvar med uttrykkelighetskravet, må det være klart at det foreligger et kollektivt samtykke og hvilket omfang det kollektive samtykket har.

Jeg vil illustrere kravet med et eksempel. Standardoverenskomsten mellom NHO og LO § 17 pålegger arbeidsgiver plikter i forhold til å sikre likestilling. For å kunne overholde forpliktelsene i forhold til likestilling, vil arbeidsgiver typisk måtte behandle personopplysninger, for eksempel opplysninger om kjønn og lønn. Det synes på bakgrunn av dette å være på det rene at LO med bestemmelsen har avgitt kollektivt samtykket til at arbeidsgiver i alle fall kan behandle opplysninger om de ansattes kjønn og lønn. De nærmere rammene for hvilke personopplysninger arbeidsgiver har adgang til å behandle i medhold av bestemmelsen synes derimot å være mindre klare. På bakgrunn av kravet om klarhet synes det korrekte å være å legge til grunn at samtykket omfatter adgang til behandling av personopplysninger som klart er omfattet av samtykket, her personopplysninger knyttet til kjønn og lønn, ikke personopplysninger som det er uklart om er omfattet av samtykket.

Jeg vil videre trekke frem kravet om spesifikasjon i forhold til kollektive samtykker. Som vist i punkt 6.8.3.2, gjelder kravet også etter personopplysningsloven. Spesifikasjonskravet gjelder videre generelt. På bakgrunn av dette må alle kollektive samtykker i en viss grad spesifisere samtykkets omfang. Det er et minstekrav at det går frem om det kollektive samtykket gir adgang for behandling av personopplysninger som i stor grad truer personopplysningsvernet.

Siden spesifikasjonskravet gjelder generelt, gjelder kravet også i forhold til kollektive samtykker som er gitt indirekte, som for eksempel likestillingsbestemmelsene i Standardoverenskomsten mellom NHO og LO § 17. Kravet om spesifikasjon kan tenkes å skape problemer i forhold til bestemmelser som kun indirekte inneholder samtykke til behandling av personopplysninger fordi slike bestemmelser jo ikke direkte fastsetter noe om adgangen til å behandle personopplysninger. I tråd med min behandling i punkt 6.8.3.2 kan det være grunnlag for å hevde at for eksempel likestillingsbestemmelsene i Standardoverenskomsten mellom NHO og LO § 17 gir arbeidsgiver adgang til å behandle ikke-sensitive personopplysninger som opplysninger om lønn og kjønn, men

ikke gir tilstrekkelig klare holdepunkter for at den åpner for behandling av sensitive personopplysninger.

6.8.4.3 Frivillighetskravet

Jeg vil nå behandle frivillighetskravet i pol § 2 nr 7.

I punkt 6.8.3.3 har jeg behandlet frivillighetskravet. Jeg har vist at det beror på en konkret helhetsvurdering å fastlegge om et samtykke er avgitt frivillig. For det nærmere innholdet i frivillighetskravet viser jeg til min behandling i punkt 6.8.3.3.

Jeg har i punkt 6.6.2 pekt på problemer knyttet til oppfyllelse av frivillighetskravet i arbeidsforhold og vist at problemet er av begrenset betydning i en situasjon en arbeidstakerorganisasjon avgir kollektivt samtykket. Samme sted har jeg vist at dette har sammenheng med at en arbeidstakerorganisasjon typisk er mer eller mindre likverdig med motparten på arbeidsgiversiden. Dette gjør at oppfyllelse av frivillighetskravet ikke byr på særlige problemer.

I forhold til oppfyllelse av frivillighetskravet vil jeg bemerke at det selvfølgelig også i forbindelse med avgivelse av et kollektivt samtykke kan være uklart om frivillighetskravet er oppfylt. Det må da avgjøres ved en konkret helhetsvurdering om det kollektive samtykket er avgitt frivillig.

Et noe søkt eksempel som illustrerer den konkrete vurderingen som må foretas er et tilfelle der et kollektivt samtykke er avgitt fra en arbeidstakerorganisasjon under trussel fra arbeidsgiversiden om at arbeidstakere vil blir sagt opp, dersom arbeidstakerorganisasjonen går med på en viss behandling av personopplysninger. Her vil ulempene for arbeidsgiversiden være så store ved å nekte å avgi samtykke at arbeidstakerorganisasjonen i realiteten er i en tvangssituasjon. Dette gjør at det kollektive samtykket ikke kan ansees for å være avgitt frivillig.

6.8.4.4 Kravet om "informert" kollektivt samtykke

I punkt 6.8.3.4 har jeg gjort rede for innholdet i kravet "informert". Anvendt på kollektive samtykker innebærer kravet at en arbeidstakerorganisasjon må ha kjennskap

til den informasjon som er nødvendig for å kunne avgjøre om organisasjonen ønsker å avgi samtykke når samtykket blir avgitt.

En helhetsvurdering er nødvendig for å fastslå om kravet er oppfylt. Kravet forutsetter typisk at organisasjonen har kjennskap til hva det samtykkes til, samt hvilke konsekvenser det kollektive samtykket har. Videre gjelder også i forhold til kollektive samtykker at kravene til informasjon skjerpes, jo mer integritetstruende behandling av personopplysninger samtykket åpner for.

I utgangspunktet skaper disse kravene trolig mindre problemer ved kollektive samtykker enn i en vanlig samtykkesituasjon eller der en fullmakt blir avgitt. Dette har sammenheng med at det kollektive samtykket blir avgitt fra en part som er mer eller mindre likverdig med mottakeren av samtykket. Det er imidlertid like fullt et krav at også arbeidstakerorganisasjonen har tilstrekkelig informasjon ved avgivelsen av det kollektive samtykket til at organisasjonen kan ta stilling til at den faktisk ønsker å avgi samtykket. Her, som ellers, vil det derfor bero på en konkret vurdering om kravet til ”informert” samtykke er oppfylt.

Der det foreligger et eksplisitt samtykke, som for eksempel i Standardoverenskomsten punkt 10.2, gir selve samtykket til en viss grad uttrykk for at samtykket er ”informert”. Ut fra bestemmelsen i Standardoverenskomsten punkt 10.2 er det klart at LO har hatt kjennskap til at samtykket gjelder utlevering av lønnsopplysninger til de tillitsvalgte. Bestemmelsen i Standardoverenskomsten punkt 10.2 synes videre å være av en slik karakter at det har vært mulig for LO å overskue konsekvensene av samtykket. Dette kan stille seg annerledes for mer diffuse bestemmelser, for eksempel implisitte kollektive samtykker. Det må kunne legges til grunn at LO har hatt kjennskap om at bestemmelsen i Standardoverenskomsten § 17, som pålegger arbeidsgiver plikter i forhold til å sikre likestilling måtte behandle personopplysninger, vil gi arbeidsgiver adgang til å behandle opplysninger om kjønn og lønn. Konsekvensene av bestemmelsen utover dette kan være noe mer uklare. Dette tilsier at kravet om ”informert” samtykke er oppfylt i forhold til for eksempel opplysninger om kjønn og lønn, men ikke for en del andre opplysninger.

Det oppstår spørsmål om det gjelder særskilte krav til drøfting og forhandlinger når organisasjonen skal benytte en fullmakt til å avgi et kollektivt samtykke. I forhold til dette viser jeg til min behandling av spørsmålet i punkt i punkt 6.8.3.4.

Videre oppstår spørsmål om arbeidsgiversiden på bakgrunn av kravet om ”informert” samtykke plikter å drøfte bruken av et kollektivt samtykke med arbeidstakerorganisasjonen som har avgitt samtykket. Som jeg har nevnt i punkt 6.8.3.4 er det ingen holdepunkter verken i lovteksten i pol § 2 nr 7 eller i forarbeidene for at det gjelder noen plikt til å foreta drøftinger. Dermed kan en slik plikt heller ikke utledes for arbeidsgiversiden i forhold til arbeidstakerorganisasjonen. Videre gir pol § 1 ikke alene grunnlag for å stille opp en plikt til å gjennomføre drøftinger. På bakgrunn av dette kan et krav om drøftinger i denne relasjonen ikke utledes av kravet om ”informert” samtykke i pol § 2 nr 7.

En annen sak er at drøftingsplikt kan følge av arbeidsrettslige regler, slik jeg har påpekt i punkt 6.6.2. Arbeidsrettslige regler om drøftinger kan føre til arbeidsgiver må drøfte for eksempel innføring av et nytt kontrolltiltak med de tillitsvalgte. Derigjennom kan det bli en drøfting av den aktuelle behandlingen av personopplysninger. På denne måten kan de arbeidsrettslige reglene gi plikt for arbeidsgiver til å drøfte bruken av et kollektivt samtykke med arbeidstakersiden/de tillitsvalgte.

6.8.4.5 Tilbaketrekning av kollektive samtykker

I punkt 6.8.3.5 har jeg gjort rede for kravet om at samtykker fritt må kunne trekkes tilbake. Kravet medfører at også kollektive samtykker fritt må kunne trekkes tilbake.

Jeg har samme sted nevnt at kravet kan skape problemer når en arbeidstakeren ønsker å trekke fullmakten tilbake etter at arbeidstakerorganisasjonen har benyttet seg av den og har avgitt et kollektivt samtykke. Problemene oppstår når det kollektive samtykket som organisasjonen har avgitt, inngår i en tariffavtale eller i en annen avtale. Både sett fra en avtalerettslig og en arbeidsrettslig synsvinkel forutsetter en endring av avtalen enighet mellom avtalepartene, med mindre noe annet er fastsatt i avtalen. For tariffavtaler spesielt gjelder videre at tariffavtalen som et utgangspunkt er bindende i en bestemt periode, med mindre partene blir enige om avvikling av avtalen eller arbeidstvistloven

gir hjemmel for ensidig opphør.¹¹⁵ De avtalerettslige og arbeidsrettslige prinsippene om binding synes å stå i strid med forutsetningen i personopplysningsretten om at et kollektivt samtykke fritt må kunne trekkes tilbake. I det følgende vil jeg drøfte det nærmere innholdet i kravet om tilbaketrekningsadgang og om kravet kan oppfylles der et kollektivt samtykke allerede er gitt når arbeidstakeren ønsker å trekke fullmakten tilbake.

Som nevnt i punkt 6.8.3.5, inneholder personopplysningsloven ingen regler om tilbaketrekning. Lovteksten gir derfor ikke veiledning for innholdet i kravet om tilbaketrekningsadgang.

Uttalelsene i forarbeidene om at ”det [må] legges til grunn at behandlingen ikke kan fortsette” når et samtykke trekkes tilbake, forteller at kravet om tilbaketrekningsadgang innebærer at behandlingen av personopplysninger må opphøre når samtykket/fullmakten tilbakekalles.¹¹⁶

I samme retning trekker Jørstads uttalelser:

”Tilbakekallet har den konsekvens at den behandlingsansvarlige ikke lenger kan behandle personopplysninger om den registrerte, med mindre det foreligger et annet rettslig grunnlag for behandlingen. Det rettslige grunnlaget kan således være bortfalt både i forhold til behandling av allerede innsamlede opplysninger og i forhold til innsamling av nye opplysninger”.¹¹⁷

Også Schartum og Bygrave gir uttrykk for at behandlingen av personopplysninger må stoppe når samtykket/fullmakten trekkes tilbake. Dette går frem av uttalelsene om at det kreves ”at medlemmene fritt kan trekke organisasjonens samtykkekompetanse tilbake. I alle fall må det være adgang til fritt å melde seg ut av organisasjonen, slik at alle avgitte samtykker faller bort”.¹¹⁸

¹¹⁵ Se nærmere om varigheten av og oppsigelse av tariffavtaler i Fougner... [et al] 2004, s 144 flg.

¹¹⁶ Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 6.ledd.

¹¹⁷ Jørstad. 2004, s 42.

¹¹⁸ Schartum og Bygrave. 2004, s 132.

Med sine uttalelser gir Schartum og Bygrave videre uttrykk for at en arbeidstaker fritt må kunne melde seg ut av organisasjonen og på den måten trekke fullmakten tilbake med virkning også for samtykker som arbeidstakerorganisasjonen allerede har avgitt.

Forutsetningen om at arbeidstakeren fritt må kunne melde seg ut av arbeidstakerorganisasjonen er uproblematisk. Dette følger av prinsippet om organisasjonsfrihet.¹¹⁹

Ved å melde seg ut av organisasjonen vil medlemmet automatisk trekke tilbake organisasjonens fremtidige kompetanse til å samtykke på vegne av ham, jf redegjørelsen i punkt 4.2.3 for at organisasjonen får kompetanse til å opptre på vegne av medlemmene i kraft av innmeldingen i organisasjonen. Det Schartum og Bygrave legger opp til er imidlertid å gi utmeldingen virkning også bakover i tid, det vil si for allerede avgitte samtykker. Dette er mer problematisk. Hvorvidt dette kravet er mulig å oppfylle der et kollektivt samtykke allerede foreligger i en avtale, avhenger av hvor raskt arbeidstakerens tilbaketrekning av fullmakten må gis virkning.

Dersom det kreves at tilbaketrekningen gis umiddelbar virkning, vil en situasjon der et kollektivt samtykke allerede er gitt i en avtale ikke oppfylle kravet. For kollektive samtykker som er gitt i tariffavtaler, jf arbtvl § 1 nr 8, jf punkt 4.2.2, følger dette av arbtvl § 3 nr 4:

”Et medlem eller en underavdeling av en forening blir ikke ved å utmeldes eller utstøtes fri for sine forpliktelser etter de tariffavtaler, som gjelder for foreningen ved uttreddelsen”.

Bestemmelsen fastsetter at arbeidstakeren er forpliktet etter tariffavtalen ut avtaleperioden, også etter at han har meldt seg ut.¹²⁰

¹¹⁹ Se nærmere om prinsippet om organisasjonsfrihet i Fougner ... [et al]. 2004, s 27.

¹²⁰ Fougner... [et al]. 2004, s 401.

Tilsvarende skriver Storeng, Beck og Due Lund:

”Partene i en tariffavtale er bundet av denne ut tariffperioden. Verken arbeidsgiver eller arbeidstaker blir fritatt for sine forpliktelser ved å melde seg ut av sin forening i løpet av perioden”.¹²¹

I tråd med alminnelige avtalerettslige prinsipper må dette gjelde også for andre kollektive avtaler, forutsatt at arbeidstakerorganisasjon hadde fullmakt til å inngå avtalen, jf punkt 4.2.3.

Alternativt kan arbeidstakeren bli frigjort fra tariffavtalen umiddelbart hvis partene i avtalen er enige om dette. Dette forutsetter imidlertid at også avtalemotparten aksepterer dette og vil derfor ikke være en fri tilbaketrekningsmulighet.

Dersom det kreves at tilbaketrekningen gis umiddelbar virkning, synes det etter dette å være nødvendig at arbeidstakerorganisasjonen sørger for å innta en passus i avtalen der det kollektive samtykket er gitt, om samtykket til behandling av personopplysninger ikke skal gjelde videre for de medlemmer av arbeidstakerorganisasjonen som velger å melde seg ut av arbeidstakerorganisasjonen. En slik bestemmelse vil sørge for at kravet om tilbaketrekningsadgang er oppfylt.

Jeg har ikke funnet noen eksempler på at en slik løsning er valgt i praksis. En slik løsning er heller ikke påkrevd dersom kravet om tilbaketrekningsadgang kan ansees å være oppfylt når tilbaketrekningen gis virkning først når avtaleperioden, til avtalen der det kollektive samtykket er gitt, løper ut. I det følgende vil jeg derfor drøfte om kravet om tilbaketrekningsadgang er oppfylt dersom et tilbakekall av fullmakt først gis virkning når avtaleperioden er omme.

Det er ingen direkte holdepunkter i de nevnte uttalelsene i forarbeidene eller teorien for å stille opp et krav om at tilbaketrekningen må gis umiddelbar virkning. Av uttalelsene

¹²¹ Storeng, Beck og Due Lund. 2003, s 206.

fremgår kun et krav om at konsekvensen av tilbakekall må være at adgangen til fortsatt behandling opphører.

De avtalerettslige og arbeidsrettslige prinsippene om binding taler for å tolke kravet om tilbaketrekningssadgang slik at det er oppfylt, dersom et tilbakekall av en fullmakt først gis virkning når avtaleperioden er omme. Dette er grunnleggende prinsipper i vår rettstradisjon. Prinsippene må derfor kunne tillegges stor vekt ved tolkningen av kravet om tilbaketrekningssadgang.

Ut fra hensynet til ivaretagelsen av personopplysningsvernet ville et krav om umiddelbar virkning vært den beste løsningen. Derfor er en tolkning av kravet om tilbaketrekningssadgang som godtar at tilbaketrekningen får virkning først når avtaleperioden er utløpt, noe tvilsomt sett fra et personopplysningsvernsperspektiv. Etter min oppfatning er imidlertid også en slik tolkning forsvarlig sett fra et personopplysningsvernsperspektiv. Dette fordi avtaleperioden er en begrenset periode og løsningen gir forutberegnelighet.

På bakgrunn av dette er jeg kommet til at kravet om tilbaketrekning er ivaretatt når tilbaketrekningen gis virkning etter avtaleperiodens opphør. Med denne tolkningen er det ikke motstrid mellom tilbaketrekningsskravet og de avtalerettslige og arbeidsrettslige prinsippene om binding.

Jeg vil for øvrig minne om at selv om kravene til samtykke ikke er oppfylt, kan andre grunnlag i pol §§ 8 eller 9 gi hjemmel for de aktuelle kollektive bestemmelsene om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

6.9 Adgangen til å avgi kollektivt samtykke på vegne av eller med virkning for uorganiserte arbeidstakere

Jeg har ovenfor drøftet hvilken adgang en arbeidstakerorganisasjonen har til å avgi kollektivt samtykke på vegne av sine medlemmer. I det følgende vil jeg drøfte spørsmålet om en arbeidstakerorganisasjon kan avgi kollektivt samtykke på vegne av eller med virkning for uorganiserte arbeidstakere.

Først vil jeg behandle spørsmålet om en arbeidstakerorganisasjon kan avgi kollektivt samtykke på vegne av uorganiserte arbeidstakere. I punkt 6.8, har jeg vist at ordlyden både i pol § 2 nr 7 og direktivet art 2 litra h i utgangspunktet taler mot å åpne for bruk av kollektivt samtykke. Videre har jeg på bakgrunn av uttalelser i forarbeidene kommet til at det likevel er adgang til å avgi kollektivt samtykke, der det foreligger en fullmakt som oppfyller kravene i pol § 2 nr 7. Da det ikke foreligger noe fullmaktsforhold mellom en uorganisert arbeidstaker og en arbeidstakerorganisasjon, synes det etter dette ikke å være mulig å avgi kollektivt samtykke på vegne av uorganiserte.

Et synspunkt om at kollektivt samtykke kun kan gis på vegne av organiserte arbeidstakere har en viss støtte i Odelstingsproposisjonen. Dette fordi adgangen til å avgi kollektivt samtykke blir behandlet i forhold til medlemmer:

”Et ”kollektivt” samtykke, f.eks slik at en organisasjon samtykker på vegne av alle medlemmene, vil i utgangspunktet ikke tilfredsstille kravet [...]”.¹²²

Det er imidlertid grunn til å bemerke at Odelstingsproposisjonen ved behandlingen av adgangen til å bruke kollektivt samtykke, definerer et kollektivt samtykke som et samtykke som ”f.eks” avgis av en organisasjon på vegne av sine medlemmer. Valget av ”f.eks” taler for at det kan være mulig å avgi et kollektivt samtykke på vegne også av andre. Dette kan tilsi at forarbeidene åpner for at en arbeidsorganisasjon kan avgi kollektivt samtykke med bindende virkning også for uorganiserte.

Mot å anse forarbeidene for å åpne for dette, taler fortsettelsen av sitatet. Det heter i Odelstingsproposisjonen:

”Et ”kollektivt” samtykke, f.eks slik at en organisasjon samtykker på vegne av alle medlemmene, vil i utgangspunktet ikke tilfredsstille kravet med mindre

¹²² Se NOU 1997 nr 19. Kapittel 21 Merknader til de enkelte bestemmelsene, Til § 2 nr 7 ”samtykke”, 3. avsnitt.

omstendighetene rundt innmeldingen i organisasjonen gjør at innmeldingen i seg selv tilfredsstiller kravet til samtykke [...]”.¹²³

Forutsetningen om at ”innmeldingen” må oppfylle kravene taler mot å tolke forarbeidene slik at et kollektivt samtykke kan avgis på vegne av uorganiserte arbeidstakere. Det vil ikke foreligge noen innmelding i disse tilfellene.

En tolkning som innebærer at en arbeidstakerorganisasjon ikke kan avgi kollektivt samtykke på vegne av uorganiserte er videre i tråd med Datatilsynets oppfatning. Datatilsynet mener det er åpenbart at en arbeidstakerorganisasjon ikke kan avgi kollektivt samtykke med på vegne av uorganiserte arbeidstakere:

”For øvrig vil tariffavtaler regelmessig gjøres gjeldende overfor samtlige ansatte – også de som ikke er fagorganisert. Det blir åpenbart at foreningene ikke har noe samtykke/fullmakt på vegne av disse medarbeiderne, og tariffavtalen kan derfor ikke tillegges den vekt som utvalget beskriver”.¹²⁴

Jeg har etter dette kommet til at et kollektivt samtykke ikke kan avgis på vegne av uorganiserte.

Spørsmålet som da oppstår er om et kollektivt samtykke likevel kan ha bindende virkning for uorganiserte arbeidstakere. På bakgrunn av den foregående drøftelsen synes det ikke å være grunnlag for å mene at et kollektivt samtykke kan gis virkning for uorganiserte arbeidstakere.

Dette gjelder i alle fall dersom det grunnlaget for behandling av personopplysninger i pol §§ 8 og 9 man velger å benytte er samtykke. I de tilfellene der det er gitt et kollektivt samtykke kan imidlertid også andre grunnlag i pol §§ 8 og 9 være aktuelle

¹²³ l.c.

¹²⁴ Datatilsynets høringsuttalelse fra juni 2004 til NOU 2004 nr 5, avsnittet ”Kollektivt samtykke og tariffavtaler” [online]. Tilgang: http://www.datatilsynet.no/templates/Page_____472.aspx

hjemmelsgrunnlag. Dersom det finnes aktuelle hjemmelsgrunnlag utenom samtykke, kan et kollektivt samtykke få virkning også for uorganiserte arbeidstakere.

Dette kan for eksempel skje hvis et kollektivt samtykke eller bakgrunnen for at det kollektive samtykket er avgitt, ansees å representere en ”berettiget interesse” som taler for at arbeidsgiver har adgang til å behandle personopplysninger også knyttet til uorganiserte arbeidstakere. Et kollektivt samtykke kan for eksempel ansees å utgjøre en ”berettiget interesse” fordi det er avgitt av en stor, tung arbeidstakerorganisasjon. Organisasjonen kan antas å ha en innsikt som gjør den særlig egnet til å ivareta arbeidstakernes interesser, også de uorganisertes interesser. Dette kan tale for at et kollektivt samtykke ansees som en ”berettiget interesse” som taler for at behandling kan skje også i forhold til uorganiserte. Blant de som har fremhevet slike hensyn er Jakhelln.¹²⁵ Jeg vil påpeke at Jakhelln ga uttrykk for dette synet i en artikkel som er utgitt før vedtagelsen av personopplysningsloven. Jakhelln forsøkte derfor ikke å passe synet inn i personopplysningslovens system. Etter min oppfatning kan imidlertid dette gjøres ved bruk av pol § 8 f).

Det må imidlertid avgjøres ved en konkret vurdering om et kollektivt samtykke kan ansees for å utgjøre en ”berettiget interesse” som taler for at personopplysninger også knyttet til uorganiserte skal kunne behandles. Dette er generelt sett av betydning for ivaretakelsen av personopplysningsvernet. I tillegg er dette av betydning for å sikre organisasjonsfriheten. Som Jørstad påpeker, kan det synet som blant annet Jakhelln har gitt uttrykk for, bidra til å uthule prinsippet om organisasjonsfrihet.¹²⁶ En slik uthuling vil verken være ønskelig fra en arbeidsrettlig eller en personopplysningsrettslig synsvinkel.

Dersom man i det enkelte tilfellet kommer til at et kollektivt samtykke representerer en ”berettiget interesse” som taler for behandling av personopplysninger også i forhold til uorganiserte, må interesseovervekten som pol § 8 f) krever, være oppfylt for at pol § 8 f) skal hjemle behandlingen, jf punkt 6.5.4.6.

¹²⁵ Jakhelln, Henning. Fjernarbeid. Noen sentrale rettsspørsmål ved nyere former for hjemmearbeid og arbeid utenfor arbeidsgivers øvrige virksomhet. I: Complex nr 5 1996, 156 og 157.

¹²⁶ Jørstad. 2004, s 40.

I de tilfellene der et kollektivt samtykke gis virkning på denne måten vil det være det aktuelle hjemmelsgrunnlaget i pol §§ 8 eller 9 som er avgjørende for at behandling av personopplysninger knyttet til uorganiserte kan skje. Det kollektive samtykket vil derfor kun indirekte ha virkning for uorganiserte arbeidstakere.

Utover den muligheten jeg har vist foran, kan et kollektivt samtykke indirekte få virkning for uorganiserte arbeidstakere på bakgrunn av initiativ fra arbeidsgiver. Det kan for eksempel tenkes at arbeidsgiver på bakgrunn av at en arbeidstakerorganisasjon har avgitt et kollektivt samtykke til behandling av personopplysninger ønsker en tilsvarende bestemmelse som det kollektive samtykket inneholder, inntatt i arbeidsavtalen til den aktuelle uorganiserte arbeidstakeren. Eventuelt kan det tenkes at arbeidsgiver ønsker å innta en henvisning til en bestemmelse i en kollektiv avtale som innebærer et kollektivt samtykke til behandling av personopplysninger. Dersom den uorganiserte arbeidstakeren samtykker til dette, og samtykket oppfyller kravene i pol § 2 nr 7, vil arbeidsgiver ha grunnlag for tilsvarende behandling av personopplysninger som det kollektive samtykket åpner for, i forhold til den uorganiserte arbeidstakeren.

Etter dette har jeg kommet til at et kollektivt samtykke ikke kan ha virkning for uorganiserte arbeidstakere annet enn på en indirekte måte.

6.10 Pol § 9 (1) f)

6.10.1 Innledning

Etter at jeg nå har klarlagt sentrale spørsmål i forhold til bruk av samtykke som grunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger, vil jeg behandle rekkevidden av pol § 9 (1) f) som hjemmel for slike bestemmelser.

6.10.2 Rekkevidden av pol § 9 (1) f) som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger

Pol § 9 (1) f) fastsetter at sensitive personopplysninger kan behandles dersom dette er nødvendig for at den behandlingsansvarlige skal kunne gjennomføre sine

”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”. Indirekte gir pol § 9 (1) f) da hjemmel for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle sensitive personopplysninger der dette er nødvendig for at arbeidsgiveren skal kunne oppfylle sine ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”. I det følgende vil jeg drøfte i hvilken grad pol § 9 (1) f) kan anvendes som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Ut fra ordlyden er det klart at pol § 9 (1) f) gir hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger. Jeg vil derfor behandle pol § 9 (1) f) som hjemmel for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle sensitive personopplysninger. Hvorvidt bestemmelsen kan ha betydning for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle ikke-sensitive, vil jeg komme tilbake til i punkt 6.11.

Jeg vil starte drøftelsen av spørsmålet om hvordan pol § 9 (1) f) kan gi hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle sensitive personopplysninger, med å klarlegge det nærmere innholdet i begrepet ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”. Begrepet er vidt, jf punkt 6.5.4.9 En alminnelig språklig forståelse av begrepet tilsier at alle plikter og rettigheter med et arbeidsrettslig grunnlag er omfattet.

Denne tolkningen har videre støtte i forarbeidene. Det heter her:

”Uttrykket ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter” omfatter alle plikter og rettigheter som hviler på et arbeidsrettslig grunnlag, uansett om grunnlaget er lovgivning, avtale mellom partene i arbeidslivet, eller individuelle arbeidsavtaler (ansettelseskontrakter)”.¹²⁷

En slik tolkning følger også av ordlyden i direktivet art 8 nr 2 litra b, som pol § 9 (1) f) implementerer. Direktivet art 8 nr 2 litra b fastsetter at sensitive personopplysninger kan

¹²⁷ Ot prp nr 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 9 Behandling av sensitive personopplysninger, 10.ledd.

behandles dersom behandlingen er nødvendig for å gjennomføre den behandlingsansvarliges ”forpliktelser og rettigheter på det arbeidsrettslige område”. Det er ingen betydningsforskjell mellom begrepene ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter” og ”forpliktelser og rettigheter på det arbeidsrettslige område”.

Etter dette er jeg kommet til at begrepet ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter” omfatter alle plikter eller rettigheter med et arbeidsrettslig grunnlag.

På bakgrunn av ordlyden i begrepet ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter” er det etter min mening grunnlag for å stille opp en kvalifikasjon utover kravet til grunnlaget. Etter en naturlig språklig forståelse tilsier begrepet ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter” at det må dreie seg om plikter eller rettigheter av en arbeidsrettslig karakter. Dersom det i et arbeidsrettslig grunnlag er slått fast en plikt eller rettighet som ikke har sammenheng med arbeidsforholdet, er det ikke naturlig å betegne dette som ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”. Dette gjelder for eksempel dersom partene har avtalt noe som går på arbeidstakernes fritid som ikke har påvirkning på måten de utfører arbeidet sitt på.

Et slikt kvalifikasjonskrav har støtte i pol § 1. Sett fra et personopplysningsrettslig perspektiv er en så vid hjemmel, som det pol § 9 (1) f) er uten kvalifikasjonskravet, betenkelig fordi pol § 9 (1) f) da kan uthule de personopplysningsvernsgarantier som de øvrige grunnlagene i pol §§ 8 og 9 søker å ivareta. Dette støtter en tolkning som tilsier at det ikke er tilstrekkelig at den aktuelle plikten eller rettigheten har et arbeidsrettslig grunnlag, men at det også kreves at det dreier seg om en rettighet eller plikt av arbeidsrettslig art.

Etter dette er jeg kommet til at det i pol § 9 (1) f) må tolkes inn et krav om at den aktuelle rettigheten eller plikten må ha tilknytning til arbeidsforholdet.

Jeg vil bemerke at pol § 9 (1) f) fremdeles utgjør et vidt hjemmelsgrunnlag. Så lenge plikter eller rettigheter som gjør behandlingen nødvendig, har et arbeidsrettslig grunnlag og er av en arbeidsrettslig karakter, gir pol § 9 (1) f) hjemmel behandling av sensitive personopplysninger. Indirekte gir pol § 9 (1) f) også hjemmel for kollektive

bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle sensitive personopplysninger i de samme tilfellene, det vil si der behandlingen som de kollektive bestemmelsene åpner for er nødvendig av hensyn til en plikt eller rettighet som har et arbeidsrettslig grunnlag og er av en arbeidsrettslig karakter.

Plikter eller rettigheter kan sies å ha et arbeidsrettslig grunnlag når de følger av en rekke ulike kilder. Som jeg allerede har vist, trekker forarbeidene særskilt frem lovgivning, avtaler mellom partene i arbeidslivet og individuelle arbeidsavtaler som eksempler på grunnlag som er omfattet av pol § 9 (1) f). Når pol § 9 (1) f) skal anvendes som hjemmel for kollektive bestemmelser er særlig plikter eller rettigheter som følger av kollektive avtaler interessante. Dette har sammenheng med at det er partene i arbeidslivet som selv avgjør hvilke plikter og rettigheter som skal fastsettes i de kollektive avtalene. Ved at pol § 9 (1) f) aksepterer plikter og rettigheter som følger av disse avtalene som grunnlag for behandling av sensitive personopplysninger, synes pol § 9 (1) f) å gi partene i arbeidslivet mulighet til selv å etablere grunnlag for behandling av sensitive personopplysninger. Med dette synes pol § 9 (1) f) også å anerkjenne de bestemmelser som partene fastsetter i kollektive avtaler om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

I det følgende vil jeg drøfte i hvilken grad partene i arbeidslivet i medhold av pol § 9 (1) f) kan fastsette arbeidsrettslige rettigheter og plikter i kollektive avtaler og på den måten skape grunnlag for kollektive bestemmelser om behandling av sensitive personopplysninger.

I forhold til drøftelsen av dette spørsmålet er det ikke grunnlag for å skille mellom behandling av personopplysninger knyttet til organiserte arbeidstakere på den ene siden og behandling som av personopplysninger knyttet til uorganiserte arbeidstakere på den annen side. (Dette i motsetning til i forhold til ved drøftelsen av adgangen til å avgi kollektivt samtykke, jf punkt 6.7 flg.) Bakgrunnen for at det ikke er nødvendig å skille mellom organiserte og uorganiserte arbeidstakere er at pol § 9 (1) f) gir hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger der behandlingen er nødvendig for å ivareta ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”. Etter ordlyden ”arbeidsrettslige” er det en ren arbeidsrettslig synsvinkel som skal legges til grunn ved vurderingen av om plikter eller

rettigheter som kan nødvendiggjøre behandling av sensitive personopplysninger, foreligger. Ut fra et rent arbeidsrettslig perspektiv kan kollektive avtaler inneholde forpliktelser og rettigheter også for uorganiserte arbeidstakere. Hvorvidt dette er tilfelle, beror på hva den aktuelle kollektive bestemmelsen fastsetter. Dersom den aktuelle kollektive bestemmelsen gir plikter eller rettigheter for uorganiserte, og disse pliktene eller rettighetene nødvendiggjør behandling av sensitive personopplysninger, gir pol § 9 (1) f) etter dette hjemmel for å behandle sensitive personopplysninger også knyttet til uorganiserte arbeidstakere.

Jeg vil først påpeke at dersom det fra før eksisterer en kollektiv avtale som gjør det nødvendig at arbeidsgiver behandler sensitive personopplysninger, gir pol § 9 (1) f) klart hjemmel for å fastsette nye kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle sensitive personopplysninger. Den eksisterende kollektive avtalen kan tenkes indirekte å gi arbeidsgiver rettigheter eller plikter til å behandle sensitive personopplysninger, for eksempel ved at den foreskriver at arbeidsgiver skal trekke fagforeningskontingent. Det er en forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne overholde denne plikten at han får tilgang til medlemslister, som utgjør sensitive personopplysninger jf pol § 2 nr 8 litra e. Eventuelt kan den kollektive avtalen fastsette at arbeidsgiver skal trekke fagforeningskontingent og presisere at det for eksempel innenn en bestemt dato skal utleveres opplysninger om hvilke arbeidstakere dette gjelder. Slike eksisterende kollektive bestemmelser, som de jeg nå har trukket frem, gir etter pol § 9 (1) f) hjemmel for at partene kan fastsette nye kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle sensitive personopplysninger.

På bakgrunn av adgangen til å etablere nye kollektive bestemmelser der det fra før eksisterer en kollektiv avtale som gjør det nødvendig at arbeidsgiver behandler sensitive personopplysninger, kan for eksempel en lokal tariffavtale fastsette at arbeidsgiver skal kunne behandle sensitive personopplysninger der dette følger av en sentral hovedavtale. Med dette kan man oppnå at hjemmelen for arbeidsgivers adgang til å behandle sensitive personopplysninger blir mer tilgjengelige og mindre fjerne fra den lokale arbeidsplassen. I tillegg kan man på denne måten presisere det nærmere innholdet i adgangen til å behandle sensitive personopplysninger som følger av en hovedavtale. Dette vil typisk være aktuelt i de tilfellene der arbeidsgivers adgang til å behandle

sensitive personopplysninger kun er underforstått, som i eksempelet ovenfor der bestemmelsen kun fastsatte at arbeidsgiver har plikt til å trekke fagforeningskontingent, ikke at medlemslister skal utleveres.

Jeg har nå vist hvordan partene i arbeidslivet på bakgrunn av allerede eksisterende kollektive bestemmelser kan fastsette nye kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle sensitive personopplysninger. Adgangen som jeg nå har gjort rede for gir uttrykk for en aksept av det partene i arbeidslivet har fastsatt ved kollektive avtaler. Aksepten av etablerte kollektive avtaler kan tyde på at det ikke er et vilkår at kollektive avtaler allerede eksisterer for at pol § 9 (1) f) kan gi hjemmel for kollektive bestemmelser om behandling av personopplysninger. Dersom dette er riktig, står partene i arbeidslivet i medhold av pol § 9 (1) f) fritt til å etablere arbeidsrettslige plikter og rettigheter ved kollektive avtaler om behandling av sensitive personopplysninger. Dette kan synes å være betenkelig ut fra hensynet til personopplysningsvernet. I det følgende vil jeg drøfte om det er grunnlag for å tolke pol § 9 (1) f) som en fri adgang for partene i arbeidslivet til å etablere kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle sensitive personopplysninger.

Ordlyden i pol § 9 (1) f) gir ingen holdepunkter for å stille opp krav om at kollektive avtaler allerede må eksistere.

Det kan innvendes mot å legge vekt på dette at ordlyden i pol § 9 (1) f) ikke direkte regulerer spørsmålet. Dette har sammenheng med at pol §§ 8 og 9, herunder § 9 (1) f), kun indirekte utgjør hjemmelsgrunnlag for kollektive bestemmelser om behandling av personopplysninger, som vist i punkt 6.3. På bakgrunn av dette er det vanskelig å utlede noen direkte veiledning av ordlyden for dette spørsmålet.

Før jeg går videre i min behandling, vil jeg bemerke at forarbeidene til personopplysningsloven ikke inneholder uttalelser som gir direkte holdepunkter for drøftelsen av spørsmålet. Videre gir heller personverndirektivet art 8 nr 2 litra b veiledning for vurderingen av spørsmålet.

Jeg nevner også kort at bestemmelsene som tilsvare pol § 9 (1) f) i Danmark og Sverige ikke gir noen veiledning utover det som kan utledes av pol § 9 (1) f). Den tilsvarende danske bestemmelsen har en noe snevrere ordlyd enn den norske ved at den kun åpner for å behandle sensitive personopplysninger som gjelder tilknytning til fagforening. For øvrig er grunnlaget som bestemmelsen stiller opp for behandling det samme som i pol § 9 (1) f), det vil si ”arbejdsrettslige forpligtelser eller specifikke rettigheder”, jf den danske loven § 7 nr 3. Den svenske personopplysningsloven tilsvare fullstendig pol § 9 (1) f). Det følger av den svenske loven § 16 a) at sensitive personopplysninger kan behandles dersom det er nødvendig for at den behandlingsansvarlige skal kunne oppfylle ”sina skyldigheter eller utöva sine rättigheter inom arbetsrätten”.

Etter dette går jeg tilbake til pol § 9 (1) f) og uttalelsene i forarbeidene om at kollektive avtaler er omfattet av begrepet ”arbejdsrettslige plikter eller rettigheter”. Dette skyldes at jeg mener at det indirekte finnes en viss veiledning i disse kildene for spørsmålet om pol § 9 (1) f) gir partene i arbeidslivet fri adgang til å fastsette kollektive bestemmelser om adgang til behandling av sensitive personopplysninger. Som allerede har vært inne på, gir det etter min oppfatning en viss veiledning at lovgiver med pol § 9 (1) f) aksepter kollektive avtaler som grunnlag for behandling av sensitive personopplysninger. Lovgiver aksepterer plikter og rettigheter som følger av kollektive avtaler som grunnlag for behandling av sensitive personopplysninger, uten å stille opp krav om at disse pliktene og rettighetene må ha grunnlag i andre kilder, herunder andre eksisterende kollektive avtaler. Dette tyder på at pol § 9 (1) innebærer at partene i arbeidslivet står fritt til å fastsette kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle sensitive personopplysninger.

Jeg vil forklare dette nærmere. Dersom en kollektiv bestemmelse for eksempel fastsetter at arbeidsgiver har adgang til å behandle opplysninger om fagforeningsmessig tilknytning, gir pol § 9 (1) f) hjemmel for at arbeidsgiver skal kunne behandle disse opplysningene. Når pol § 9 (1) f) hjemler denne behandlingen, er det naturlig å se pol § 9 (1) f) som en aksept av den kollektive bestemmelsen som fastsetter behandlingen. Aksepten gjelder den aktuelle kollektive bestemmelsen og gjelder uavhengig av om denne bestemmelsen har hjemmel i andre grunnlag. Etter min oppfatning medfører dette

at det ikke er holdepunkter i pol § 9 (1) f) for å kreve at bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle sensitive personopplysninger må ha grunnlag i andre allerede eksisterende grunnlag.

Som jeg også var inne på i innledningen, kan på den annen side hensynet til et sterkt personopplysningsvern tale mot en adgang for partene til fritt å etablere kollektive bestemmelser om behandling av sensitive personopplysninger. Dette skyldes at hvis pol § 9 (1) f) gir partene fri adgang til å etablere kollektive bestemmelser om behandling av sensitive personopplysninger, kan bestemmelsen uthule de personopplysningsvernsgarantier som personopplysningsloven søker å stille opp ved de relativt spesifikke grunnlagene i pol § 9 for øvrig. Hensynet til personopplysningsvernet kan derfor tale for å kreve at fastsettelse av kollektive bestemmelser om behandling av sensitive personopplysninger må kunne hjemles i et eksisterende grunnlag.

Det svekker denne innvendingen at lovgiver, uansett hvordan det spørsmålet som jeg drøfter her besvares, har nedfelt en vid hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger i pol § 9 (1) f). Videre synes det å være uten betydning sett fra et personopplysningsvernsperspektiv om en kollektiv bestemmelse allerede eksisterer og kan utgjøre hjemmel eller om den først blir fastsatt nå og utgjør hjemmel. Tvert imot kan det hevdes at det ville gi svært tilfeldige resultater dersom man krever at kollektive bestemmelser om adgang til behandle sensitive personopplysninger må kunne hjemles i et allerede eksisterende grunnlag. Man kunne da komme i en situasjon der det ikke er hjemmel for å fastsette en kollektiv bestemmelse, men så snart den kollektive bestemmelsen er fastsatt, kan den i medhold av pol § 9 (1) f) gi grunnlag for en ny kollektiv bestemmelse.

Disse forholdene tilsier at innvendingen basert på hensynet til personopplysningsvernet ikke gir grunnlag for å kreve at en ny kollektiv bestemmelse om behandling av sensitive personopplysninger må kunne hjemles i et eksisterende grunnlag.

Videre har jeg kommet til at det etter pol § 9 (1) f) ikke er tilstrekkelig at pliktene eller rettighetene har et arbeidsrettslig grunnlag. Pliktene eller rettighetene må i tillegg ha tilknytning til arbeidsforholdet. Dette gjør at partene ikke i en kollektiv avtale kan avtale

hva som helst om behandling av sensitive personopplysninger i medhold av pol § 9 (1) f). Også dette svekker betenkelighetene knyttet til ivaretagelsen av personopplysningsvernet.

Videre støtter de lange tradisjonene for å la partene i det kollektive arbeidslivet selv fastsette reglene, en tolkning av pol § 9 (1) f) som gir partene fri adgang til å etablere kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle sensitive personopplysninger.

Etter dette har jeg kommet til at pol § 9 (1) f) gir partene adgang til fritt å etablere kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle sensitive personopplysninger. Dette gjelder forutsatt at adgangen er av en arbeidsrettslig karakter, det vil si kan sies å ha en tilknytning til arbeidsforholdet.

Foran har jeg drøftet plikter eller rettigheter som følger av kollektive avtaler som grunnlag for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle sensitive personopplysninger. Avslutningsvis vil jeg minne om at også andre plikter og rettigheter med et arbeidsrettslig grunnlag i medhold av pol § 9 (1) f) kan gi grunnlag for slike kollektive bestemmelser. Jeg går ikke nærmere inn på dette her da det sentrale i forhold til problemstillingen i denne oppgaven er hvilken adgang partene i arbeidslivet har til å etablere adgang til å behandle sensitive personopplysninger.

6.11 Betydningen av pol § 9 (1) f) som direkte hjemmel for behandling av ikke-sensitive personopplysninger eller som bakgrunn for tolkningen av grunnlagene i pol § 8

6.11.1 Innledning

På bakgrunn av min behandling i punkt 6.10 fremstår pol § 9 (1) f) som et svært sentralt hjemmelsgrunnlag for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Etter sin ordlyd gir pol § 9 (1) f) hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger. Det finnes ingen grunnlag i pol § 8 som fullstendig tilsvarer pol § 9 (1) f). På bakgrunn av dette vil jeg i dette punktet drøfte om pol § 9 (1)

f) kan anvendes som hjemmel for behandling av ikke-sensitive personopplysninger eller som bakgrunn ved tolkningen av kravene i pol § 8.

6.11.2 Rettslig vurdering

Spørsmålet om pol § 9, herunder pol § 9(1) f), direkte eller via bestemmelser i pol § 8 kan gi hjemmel for behandling av ikke-sensitive personopplysninger synes ikke å ha vært gjenstand for videre behandling i norsk litteratur og praksis.

Pol § 9 (1) f) gjelder etter sin ordlyd bare for behandling av sensitive personopplysninger. Dette er et klart og tungtveiende argument mot å anvende bestemmelsen direkte som hjemmel for behandling av ikke-sensitive personopplysninger.

I det følgende vil jeg vise at det øvrige rettskildematerialet gjør at det trass i ordlyden fremstår som unaturlig å begrense pol § 9 (1) f) til kun å gi hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger.

Jeg vil starte med å påpeke at lovens system gir en viss åpning for generelt å anse grunnlagene i pol § 9 for også å hjemle behandling av ikke-sensitive personopplysninger. Det følger av lovens system at pol § 8 ikke kan hjemle behandling av sensitive personopplysninger. Den motsatte slutningen kan derimot være mulig for § 9. Dette har sammenheng med ivaretagelsen av personopplysningsvernet. Pol § 8 er ikke ansett for alene å ivareta et tilstrekkelig personopplysningsvern for behandling av sensitive personopplysninger. Derfor fastsetter pol § 9 tilleggsvilkår som må være oppfylt for at sensitive personopplysninger skal kunne behandles. Hvorvidt tilleggsvilkårene i pol § 9 kan gi grunnlag for behandling av ikke-sensitive personopplysninger, fremstår som mer uklart.

I utgangspunktet fremstår det som naturlig å slutte fra at lovgiver har ansett grunnlagene i pol § 9 for å gi et tilstrekkelig personopplysningsvern for behandling av sensitive personopplysninger, til at grunnlagene i alle fall gir tilstrekkelig personopplysningsvern til at ikke-sensitive personopplysninger kan behandles. Dette er et ordinært fra det mer til det mindre-resonnement. Resonnementet tar imidlertid ikke i betraktning at

behandling av sensitive personopplysninger krever at både ett av grunnlagene i § 8 og ett av grunnlagene i § 9 er oppfylt, slik det går frem av lovteksten, se punkt 4.3.3.3. På bakgrunn av dette er det usikkert om resonnementet er holdbart.

Uttalelser i forarbeidene tyder imidlertid på at kravet i pol § 9 om at også et grunnlag i § 8 må være oppfylt, er av mindre betydning. I forarbeidene heter det at kravet om grunnlag i § 8 ”vil normalt være oppfylt dersom behandlingen er tillatt i henhold til et av alternativene i § 9”.¹²⁸ Dette kan tilsi at fra det mer til det mindre-resonnementet likevel er holdbart.

I samme retning trekker direktivets oppbygning. Slik direktivet er bygget opp gjelder et utgangspunkt om at behandling av sensitive personopplysninger er forbudt, se art 8 nr 1. I art 8 nr 2 gjør direktivet unntak fra utgangspunktet for de tilfellene der et av de nærmere oppregnede grunnlagene er oppfylt. De oppregnede grunnlagene i art 8 nr 2 flg tilsvarer grunnlagene i pol § 9. Direktivet krever ikke, som personopplysningsloven § 9, at også et av grunnlagene i art 7 (pol § 8) skal være oppfylt. Dette innebærer at direktivet legger til grunn at grunnlagene i art 8 nr 2 flg (pol § 9) alene ivaretar personopplysningsvernet i tilstrekkelig grad til at sensitive personopplysninger kan behandles. Direktivet er derfor et moment som støtter fra det mer til det mindre-resonnementet.

Jeg nevner at den svenske personopplysningsloven følger direktivets oppbygning, se §§ 14 flg.¹²⁹ Det samme gjelder den danske loven, se § 7.¹³⁰ Også systemet i disse lovene støtter derfor resonnementet.

Resonnementet synes etter dette å være holdbart og taler for å tolke pol § 9 (1) f) slik at den kan ansees å gi hjemmel for behandling også av ikke-sensitive personopplysninger.

¹²⁸ Ot prp nr 92 (1998-99), Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 9 Vilkår for å behandle sensitive personopplysninger, 3. ledd.

¹²⁹ Lov 1998-04-29 nr 204, personoppgiftslagen.

¹³⁰ Lov 2000-05-31 nr 429, lov om behandling af personopplysninger.

I samme retning trekker resultatet som kunne oppstå om pol § 9 (1) f kun gir hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger. Dersom pol § 9 (1) f kun gir hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger, kan teoretisk sett en situasjon oppstå der det er hjemmel for behandling av sensitive personopplysninger, men ikke for behandling av ikke-sensitive personopplysninger. Det er for eksempel hjemmel for behandling av helseopplysninger, men ikke for opplysninger knyttet til arbeidstid eller produktivitet. Det har formodningen mot seg at lovgiver har ønsket en slik situasjon. Også dette taler for å anse pol § 9 (1) f for å gi hjemmel for behandling av ikke-sensitive personopplysninger.

På tross av dette kan pol § 9 (1) f på grunn av den klare ordlyden som sier at bestemmelsen gjelder sensitive personopplysninger, ikke anvendes direkte som grunnlag for behandling av ikke-sensitive personopplysninger.

Konklusjonen medfører at pol § 9 (1) f ikke direkte kan anvendes som hjemmel for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle ikke-sensitive personopplysninger.

Pol § 9 (1) f kan imidlertid tenkes indirekte å gi hjemmel for behandling av ikke-sensitive personopplysninger. Dette kan for det første skje ved bruk av pol § 8 f), som nevnt i punkt 6.5.4.6. En interesse som lovgiver har lovfestet at gir grunnlag for behandling av sensitive personopplysninger vil klart falle inn under det vide uttrykket ”berettiget interesse”. Det vil derfor være relevant å trekke inn i interesseavveiningen etter pol § 8 f) at pol § 9 (1) f er oppfylt. Hvorvidt det i det enkelte tilfelle foreligger grunnlag for behandling vil imidlertid da bero på en konkret interesseavveining, slik jeg har vist i punkt 6.5.4.6. Det er grunn til å anta at en interesse som lovgiver har anerkjent som grunnlag for behandling av sensitive personopplysninger typisk vil veie tyngst i en slik interesseavveining.

I innledningen i punkt 6.11.1 har jeg pekt på at pol § 8 b) er det grunnlaget i pol § 8 som er mest sammenfallende med pol § 9 (1) f). Jeg vil behandle forholdet mellom pol § 9 (1) f) og pol § 8 b) særskilt i neste punkt.

6.11.3 Særlig om forholdet mellom pol § 9 (1) f) og pol § 8 b)

I dette avsnittet vil jeg drøfte forholdet mellom ”arbeidsrettslig plikter eller rettigheter” i pol § 9 (1) f) og ”rettslig forpliktelse” i pol § 8 b). Spørsmålet er om ”arbeidsrettslig plikter eller rettigheter” kan gi grunnlag for behandling av ikke-sensitive personopplysninger etter pol § 8 b).

Jeg vil starte med å ta stilling til om begrepet ”rettslig forpliktelse” omfatter plikter med et arbeidsrettslig grunnlag. Ordlyden ”rettslig forpliktelse” omfatter etter en naturlig språklig forståelse også forpliktelser som har et arbeidsrettslig grunnlag.

I følge forarbeidene menes med ”rettslig forpliktelse” ”i første rekke plikt som er hjemlet i lov eller forskrift, eller som følger av dom eller forvaltningsvedtak”.¹³¹ Dette taler for å tolke begrepet ”rettslig forpliktelse” innskrenkende. I tråd med dette vil det være arbeidsrettslige forpliktelser som følger av lov, forskrift, dom eller forvaltningsvedtak som primært er omfattet av pol § 8 b). Andre arbeidsrettslig forpliktelser, som for eksempel forpliktelser som følger av kollektive avtaler, vil neppe være omfattet.

Kaspersen, Wiik Johansen og Bergseng Skullerud fremhever de samme forpliktelsene som forarbeidene. Forfatterne uttaler imidlertid:

”Dette betyr at alle regler som pålegger plikter som kan håndheves ved norske domstoler, representerer en slik rettslig forpliktelse som omfattes av bokstav b)”.¹³²

Disse uttalelsene kan tale for å mene at begrepet likevel omfatter forpliktelser som følger av kollektive avtaler. Dette fordi disse avtalene kan håndheves av norske domstoler, herunder Arbeidsretten.

Forfatterne poengterer likevel:

¹³¹ Ot prp nr. 92 (1998-99) Kapittel II Alminnelige regler for behandling av personopplysninger, Til § 8 Vilkår for å behandle personopplysninger, 10. ledd.

¹³² Kaspersen, Wiik Johansen og Bergseng Skullerud. 2001, s 100/101.

”Begrepet rettslig forpliktelse bør trolig tolkes relativt strengt. Dette innebærer at den behandlingsansvarlige ikke kan anføre at han har inngått avtale med en tredjepart om behandling av personopplysninger som forplikter ham. En slik tolkning av bestemmelsen ville gi den en altfor vid ordlyd”.¹³³

I utgangspunktet kan denne uttalelsen, som oppfordrer til en streng tolkning av begrepet, tale mot å anse forpliktelser som følger av kollektive avtaler for å være omfattet av begrepet ”rettslig forpliktelse”. På den annen side avgrenser forfatterne i uttalelsen mot avtaler som den behandlingsansvarlige har inngått med en ”tredjepart”. Arbeidstakerorganisasjonene kan neppe sees som en tredjepart i forhold til sine medlemmer. Dette taler mot å avgrense mot kollektive avtaler.

For tariffavtalene spesielt er ufravikelighetsprinsippet videre et argument som taler mot å avgrense mot disse avtalene, jf punkt 4.2.2. Prinsippet gjør at disse avtalene står i en særstilling.

I tillegg til dette kan det hevdes at de kollektive avtalene står i en annen stilling enn andre avtaler på grunn av partskonstellasjonen i avtalene og de lange tradisjonene for å overlate til partene å regulere arbeidslivet. Det er grunn til å tro at de kollektive avtalene på grunn av partskonstellasjonen i større grad balanserer interessene mellom partene, herunder interesser knyttet til et tilstrekkelig personopplysningsvern, enn individuelle avtaler. Også dette taler for å sette de kollektive avtalene i en særstilling og anse forpliktelser som følger av kollektive avtaler for å være omfattet av begrepet ”rettslig forpliktelse”.

Et annet, og etter min mening vesentlig moment, er forholdet mellom sensitive og ikke-sensitive personopplysninger. Adgangen til å behandle sensitive personopplysninger skal etter personopplysningslovens system være snevrere enn adgangen til å behandle ikke-sensitive personopplysninger, jf punkt 4.3.3.2. I punkt 6.10 har jeg vist at kollektive avtaler kan gi grunnlag for behandling av sensitive personopplysninger i medhold av pol § 9 (1) f). Det ville være i dårlig samsvar med personopplysningslovens

¹³³ l.c.

system dersom loven ga grunnlag for å behandle sensitive personopplysninger der behandlingen kunne begrunnes i ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”, uten at det samtidig var adgang til å behandle ikke-sensitive personopplysninger i de samme tilfellene. Dette taler for å anse forpliktelser både som følger av kollektive og individuelle avtaler for å være omfattet av begrepet ”rettslig forpliktelse”.

Det kan innvendes mot dette resonnementet at behandlingen av ikke-sensitive personopplysninger uansett kunne vært hjemlet i pol § 8 f). Pol § 8 f) krever imidlertid interesseovervekt for at behandling skal kunne skje, slik jeg viste i punkt 6.11.2. Med dette stiller pol § 8 f) et tilsynelatende strengere krav for behandling enn det pol § 9 (1) f) gjør. Dersom pol § 8 f) skulle bli anvendt der forpliktelser med et arbeidsrettslig grunnlag tilsa behandling av ikke-sensitive personopplysninger, ville adgangen for behandling av ikke-sensitive personopplysninger derfor fremstå som snevrere enn adgangen til behandling av sensitive personopplysninger med samme grunnlag i medhold av pol § 9 (1) f). Også dette synes å være i strid med lovens system.

Hensynet til sammenheng mellom adgangen til å behandle sensitive og ikke-sensitive personopplysninger sett i sammenheng med at ordlyden i begrepet ”rettslig forpliktelse” er så vid at den omfatter alle ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”, gjør at jeg er jeg kommet til at ”rettslig forpliktelse” i pol § 8 b) inkluderer ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter”, herunder plikter og rettigheter som følger av kollektive avtaler.

I de tilfellene der pol § 9 (1) f) gir hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle sensitive personopplysninger, vil det etter dette være hjemmel for behandling av ikke-sensitive personopplysninger i medhold av pol § 8 b).

Konklusjonen medfører at pol § 8 b) gir partene i arbeidslivet vid adgang til å fastsette kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle ikke-sensitive personopplysninger.

7 Konklusjon

I denne oppgaven har jeg forsøkt å klarlegge de rettslige rammene for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger. Jeg har vist at de rettslige rammene utgjøres av pol §§ 8 og 9. Hjemmelskravet i pol §§ 8 og 9 medfører at kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger må ha hjemmel i grunnlagene i pol §§ 8 eller 9. Dette gjelder enten de kollektive bestemmelsene eksplisitt gir arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger eller kun forutsetter at arbeidsgiver skal kunne behandle personopplysninger.

Jeg har gjort rede for at kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle sensitive personopplysninger, må ha hjemmel i et av grunnlagene i pol § 9. Videre har jeg vist at grunnlagene i pol § 9 ikke direkte kan anvendes som hjemmel for kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle ikke-sensitive personopplysninger. Kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle ikke-sensitive personopplysninger må ha hjemmel i et av grunnlagene i pol § 8. Jeg har imidlertid vist at oppfyllelse av et av grunnlagene i pol § 9 er relevant å trekke inn ved vurderingen av om grunnlagene i pol § 8 er oppfylt. I forhold til problemstillingen i denne oppgaven er dette av særlig betydning for forholdet mellom pol § 9 (1) f) og pol § 8 b).

Utover dette har jeg vist at de ulike grunnlagene i pol §§ 8 og 9 rettslig sett er likestilte og at det ikke gjelder en plikt til å forsøke å innehente samtykke før andre behandlingsgrunnlag blir benyttet som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger.

Det går frem av min behandling at flere av grunnlagene i pol §§ 8 og 9 har en uklar rekkevidde når de skal anvendes som hjemmel for kollektive bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger. Dette skyldes dels at personopplysningsloven inneholder vage bestemmelser, og dels at bestemmelsen i personopplysningsloven reiser særlige spørsmål når de skal anvendes på arbeidsrettens område.

Særlige spørsmål oppstår ved bruk av samtykke. I min drøftelse har jeg kommet til at det teoretisk sett ikke er noe til hinder for å at en arbeidstakerorganisasjon kan samtykke til behandling av personopplysninger på vegne av sine medlemmer. Kravene som stilles til både fullmakten og selve det kollektive samtykket i medhold av pol § 2 nr 7 er imidlertid omfattende og utfordrende å oppfylle i praksis.

En arbeidstakerorganisasjon har ikke adgang til å avgi kollektivt samtykke på vegne av uorganiserte arbeidstakere. I den grad et kollektivt samtykke får virkning for uorganiserte vil dette være indirekte og avledet og eventuelt i kraft av et individuelt samtykke fra den uorganiserte arbeidstakeren.

Videre har jeg vist at særlige spørsmål oppstår ved bruk av pol § 9 (1) f) som hjemmel. I min behandling av bestemmelsen har jeg vist at pol § 9 (1) f) gir partene i arbeidslivet en svært vid hjemmel for å fastsette kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle sensitive personopplysninger. Jeg har kommet til at pol § 8 b) gir partene en tilsvarende adgang til å fastsette kollektive bestemmelser som gir arbeidsgiver adgang til å behandle ikke-sensitive personopplysninger.

Den reelt sett snevre adgangen personopplysningsloven gir for bruk av kollektivt samtykke synes å være i dårlig overensstemmelse med den svært vide hjemmelen pol § 9 (1) f) gir for kollektive bestemmelser om arbeidsivers adgang til å behandle personopplysninger. Sett fra et personopplysningsrettslig perspektiv er det neppe bedre at partene i arbeidslivet bruker pol § 9 (1) f) som hjemmel i stedet for samtykkegrunnlaget. Dette gjelder særlig ikke tatt i betraktning at kollektive avtaler etter pol § 9 (1) f) også kan fastsette reguleringer som omfatter uorganiserte, i motsetning til et kollektivt samtykke som kun kan gis på vegne av uorganiserte. På bakgrunn av dette kan forskjellen derfor neppe forklares med personopplysningsvernshensyn

Hjemmelen som pol § 9 (1) f) gir for kollektive bestemmelser er i tråd med tradisjonene for utstrakt kollektiv regulering i norsk arbeidsliv. Den snevre adgangen for bruk av kollektivt samtykke bryter på sin side med tradisjonene om at

arbeidstakerorganisasjonene har en vid fullmakt til å opptre på vegne av arbeidstakerne som har valgt å melde seg inn i organisasjonen.

På tross av at tolkningen av henholdsvis samtykkegrunnlaget og pol § 9 (1) f) ikke er i overensstemmelse, kan jeg ikke se at det ut fra det eksisterende rettskildegrunnlag er holdepunkter for å tolke disse grunnlagene på en mer harmonisk måte. Dette kan bero på at lovgiver ikke har sett sammenhengen mellom samtykkegrunnlaget og pol § 9 (1) f). Uansett hva årsaken er, skaper dette spriket forvirring på et fra før komplisert rettsområde.

8 Kilderegister

8.1 Litteratur

Andersen, Kristen. Fra arbeidslivets rett. Oslo 1967.

Blekeli, Ragnar Dag og Selmer, Knut S. (red.). Data og personvern. Oslo 1977. ISBN: 82-00-01633-1

Blume (ed), Peter, Saarenpää, Ahti, Schartum, Dag Wiese og Seipel, Peter. Nordic Data Protection. Copenhagen 2001. ISBN: 87-574-0068-7 (h.).

Blume, Peter. Behandling af persondata – en kritisk kommentar. København 2003. ISBN: 87-574-0866-1 (ib.).

Blume, Peter og Kristiansen, Jens. Databeskyttelse på arbejdsmarkedet. København 2002. ISBN: 87-574-0246-9 (h.).

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. Rettskildelære. 5. utgave. Oslo 2001. ISBN: 82-518-3988-2 (ib.).

Fougner, Jan ... [et al]. Kollektiv arbeidsrett. Oslo 2004. ISBN: 82-15-00626-4 (ib.).

Jakhelln, Henning. Oversikt over arbeidsretten. Oslo 1993. ISBN: 82-508-1368-5.

Kaspersen, Knut Brede, Wiik Johansen, Michael og Bergseng Skullerud, Åste Marie. Personopplysningsloven Kommentarutgave. Oslo 2001. ISBN: 82-518-3702-2 (ib.).

Schartum, Dag Wiese og Bygrave, Lee A.. Personvern i informasjonssamfunnet. En innføring i vern av personopplysninger. Bergen 2004. ISBN: 82-450-0120-1 (h.).

Sejersted, Fredrik ... [et al]. EØS-rett. Oslo 1995. ISBN: 82-00-22469-4 (h.).

Storeng, Nils, Beck, Tom H. og Due Lund, Arve. Arbeidslivets spilleregler. Samspillet mellom partene i arbeidsforholdet. Oslo 2003.

8.2 Artikler

Berg, Jens Petter. Personopplysningsvern i et nytt årtusen – kritikk av personopplysningslovproposisjonen. I: Kritisk Juss, nr 4 1999, s 351.

Evju, Stein. Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv. I: Arbeidsrett og arbeidsliv, hefte 1 2003.

Holgersen, Gudrun. Likestillingsloven og tariffavtaler. I: Festskrift til Per Stavang 1998; Stat, politikk og folkestyre, s 531.

Jakhelln, Henning. Fjernarbeid. Noen sentrale rettsspørsmål ved nyere former for hjemmearbeid og arbeid utenfor arbeidsgivers øvrige virksomhet. I: Complex nr 5 1996.

Jørstad, Stefan. Arbeidsgivers adgang til å kontrollere og overvåke sine ansatte. Med særlig vekt på grunnkravene for behandling av personopplysninger i arbeidslivet. I: Complex nr 3 2004.

Kjeldsberg, Liv Torill. Saksbehandlingsreglene i oppsigelsessaker, særlig om kravet til drøftelser. I: Arbeidsrett, vol I nr 4 2004.

Nielsen, Ruth. Persondata og arbejdsgiverens ledelsesret. I: Juridisk Instituts Julebog 2000, s 275.

Schartum, Dag Wiese. Lov om behandling av personopplysninger. I: Lov & Rett nr 9 2000, s 543.

Søreide Lauridsen, Grete og Fevang, Therese. Arbeidsgivers adgang og mulighet til å behandle personopplysninger om arbeidstaker. I: Arbeidsrett, vol I nr 4 2004.

Øydegard, Johan og Fougner, Jan. Styringsretten som grunnlag for å endre arbeidets innhold. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap nr 3 – 5 2002, s 550.

8.3 Rettspraksis

8.3.1 Norsk rettstidende

Rt 1967 s 1373, Hjemforsikring.

Rt 1985 s 1141.

Rt 2000 s 1602, Nøkk.

Rt 2001 s 418, Kårstø.

HR 2005-00649-A.

8.3.2 EF-domstolen

EF 283/81, CILFIT.

EF 303/98 Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) mot Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana.

8.4 Lover, forskrifter og direktiver

8.4.1 Norske lover

Lov 1927-05-05 nr 1, arbeidstvistloven (arbtvl).

Lov 1958-07-28 nr 2, tjenestetvistloven (tjtv).l).

Lov 1977-02-04 nr 4, arbeidsmiljøloven (aml).

Lov 1978-06-09 nr 45, likestillingsloven.

Lov 1978-06-09 nr 48, personregisterloven (opphevet).

Lov 2000-04-14 nr 31, personopplysningsloven (pol).

Lov 2001-05-18 nr 24, helseregisterloven.

8.4.2 Norske forskrifter

Forskrift til personregisterloven av 21. desember 1979 nr 22 (opphevet).

8.4.3 Svenske lover

Lov 1998-04-29 nr 204, personuppgiftslagen.

8.4.4 Danske lover

Lov 2000-05-31 nr 429, lov om behandling af personoplysninger.

Lov 1996-04-24 nr 286, lov om brug af helbredsoplysninger mv på arbejdsmarkedet.

8.5 Direktiver

Parlaments- og rådsdirektiv 93/104/EF om tilretteleggelse av arbeidstid.

Parlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF, personverndirektivet.

Parlaments- og rådsdirektiv 97/66/EF, kommunikasjonsvernsdirektivet.

8.6 Forarbeider

NOU 1997 nr 19 "Et bedre personvern - forslag til lov om behandling av personopplysninger".

Ot prp nr 92 (1998-99) "Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)".

Ot prp nr 11 (2003-2004) "Om lov om endringer i lov 10. juni 1988 nr 39 om forsikringsvirksomhet mv. (kommunale pensjonsordninger mv.)".

NOU 2004 nr 5 "Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst".

Ot prp nr 49 (2004-2005) "Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)".

8.7 Arbeidsrettslige avtaler

Hovedavtalen mellom LO – NHO 2002-2005.

Standardoverenskomsten LO – NHO 2002-2005.

Hovedavtalen mellom Finansnæringens Arbeidsgiverforening (FA) og Finansforbundet 2002-2006.

Hovedavtalen mellom HSH og LO 2002-2005.

8.8 Elektroniske dokumenter

8.8.1 EF-instanser

Art 29-gruppen Opinion 8/2001(WP 48) “On the processing of personal data in the employment context” [online] Tilgang:

http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf

Sist sjekket: 20.05.2005

“Second stage consultation with the Community social partners on the protection of personal data in the employment context” [online]. Tilgang:

http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/oct/data_prot_en.html

Sist sjekket: 20.05.2005

“Communication from the commission. First stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data” [online].Tilgang:

http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_dialogue/docs/data_protection_I_en.pdf

Sist sjekket: 20.05.2005

8.8.2 Datatilsynet

Datatilsynets brev til LO ”Innsyn i lønnsopplysninger” av 19.02.04 [online]. Tilgang:

http://www.datatilsynet.no/templates/article____913.aspx

Sist sjekket: 20.05.2005

Datatilsynets høringsuttalelse fra juni 2004 til NOU 2004 nr 5, avsnittet ”Kollektivt samtykke og tariffavtaler” [online]. Tilgang:

http://www.datatilsynet.no/templates/Page____472.aspx

Sist sjekket: 20.05.2005

”Lønnsopplysninger” [online]. Tilgang:

www.datatilsynet.no/templates/article____913.aspx

Sist sjekket: 20.05.2005

”Samtykke til behandling av personopplysninger”[online]. Tilgang:

http://www.datatilsynet.no/templates/article____876.aspx

Sist sjekket: 20.05.2005

”Ikke innsyn i lønn uten samtykke” av 05.03.02. [online]. Tilgang:

www.datatilsynet.no/dtweb/attachment /334/loenn_innsyn.html

Sist sjekket: 21.10.2004

8.8.3 Personvernemnda

Personvernemndas vedtak i klagesak 2004/01 avsagt 19. august 2004 [online].

Tilgang: http://www.personvernemnda.no/vedtak/2004_1.html

8.9 Diverse

Personalhåndbok. Generelle retningslinjer av 31. mai 2002 for behandling av personopplysninger ved Orkla ASA.